

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS
SEMINARIO DE GRADUACION EN CIENCIAS JURIDICAS AÑO 2009
PLAN DE ESTUDIO 1993**



**CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO DE APERTURA
A CRÉDITO (TARJETA DE CREDITO)**

TRABAJO DE GRADUACIÓN PARA OBTENER EL GRADO Y TÍTULO DE:
LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS

PRESENTAN

DAVID ALEXANDER DÍAZ HERNÁNDEZ
NOEMY ESTER GÓMEZ ALVARADO
INGRID JOHANNA GUERRERO GONZÁLEZ

DRA. DELMY RUTH ORTIZ SANCHEZ
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO DE GRADUACION

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, ENERO DE 2010

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

MASTER RUFINO ANTONIO QUEZADA SANCHEZ

RECTOR

MASTER MIGUEL ANGEL PEREZ RAMOS

VICERRECTOR ACADEMICO

MASTER OSCAR NOE NAVARRETE ROMERO

VECERRECTOR ADMINISTRATIVO

LICENCIADO DOUGLAS VLADIMIR ALFARO CHAVEZ

SECRETARIO GENERAL

DOCTOR RENE MADECADEL PERLA JIMENEZ

FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JOSE HUMBERTO MORALES

DECANO

LICENCIADO OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS

VICEDECANO

LICENCIADO FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNANDEZ

SECRETARIO

LICENCIADA BERTHA ALICIA HERNANDEZ AGUILA

COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACION

DOCTORA DELMY RUTH ORTIZ SANCHEZ

DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO DE GRADUACION

AGRADECIMIENTOS DE DAVID ALEXANDER DIAZ HERNANDEZ

Agradezco primeramente al Eterno, quien me regalo la vida desde un principio, y me ha protegido y guiado a lo largo de toda mi vida, llenándome de inmensas bendiciones, este logro no hubiese sido posible si El no lo hubiese querido así, pues nada es posible sino es por su infinita voluntad.

A los mejores padres, Alejandro Díaz y Marlene Hernández, quienes me dieron su infinito apoyo para poder superarme y convertirme en la persona que soy, su amor y su apoyo son solo una pequeña muestra de lo mucho que hicieron por mi, este triunfo más que pertenecerme a mí les pertenece a ellos, jamás se me hará posible recompensarles, que el Eterno los guarde y los llene de muchas bendiciones, los amo.

A mi hermana Eunice por ser la hermana incondicional en todo momento, mi triunfo también es de ella, que el Eterno te colme de bendiciones y te permita triunfar.

A las mejores amigas y compañeras de tesis, Ingrid Johanna Guerrero González y Noemy Ester Gómez Alvarado, con quienes compartí buenos y malos momentos en la elaboración de este trabajo, gracias por su paciencia y su comprensión, a ambas les deseo lo mejor en sus vida personal y en su carrera profesional, que el Eterno derrame infinitas bendiciones sobre ustedes.

A mis familiares, de quienes tuve desde siempre su apoyo moral, les agradezco infinitamente su amor a mi persona.

A la Doctora Delmy Ruth Ortiz, quien nos guió con sus conocimientos para la elaboración de este trabajo, mis respetos como profesional, docente y como ser humano, que el Eterno la llene de bendiciones.

A aquellos buenos docentes de mi Facultad, por compartir sus conocimientos de la forma más profesional, especialmente a los docentes de Derecho privado de quienes aprendí mucho, les reconozco su calidad como profesionales y como docentes.

A mis amigos y amigas, por haberme brindado su más sincera amistad, por compartir buenos y malos momentos a lo largo de la carrera, por haberme tenido la confianza que a otros no les tuvieron, por haberme preguntado y por haberme respondido, por reconocerme una cualidad y por saber corregirme en algún defecto, por verme como un hermano y no como enemigo, sobre todo por quererme tal como soy con mis virtudes y mis defectos.

AGRADECIMIENTOS INGRID JOHANNA GUERRERO GONZALEZ

Agradezco en primer lugar a Dios Todopoderoso por su amor y misericordia para darme la vida y guiarme durante todo el camino, sin su ayuda y protección no hubiese sido posible llegar hasta aquí, como dice la Sagrada Escritura: *“Lámpara es a mis pies tu palabra y lumbrera a mi camino”*. Salmo 119: 105;

A mi familia, por lo que me han otorgado y su apoyo incondicional en todo momento, no existen las palabras que expresen mis agradecimiento y sentimientos hacia ellos, este triunfo es suyo.

A mis amigos y compañeros de tesis, Noemy Ester Gómez Alvarado y David Alexander Díaz Hernández, por otorgarme en primer lugar su amistad y trabajar con excelencia y dedicación en la elaboración del presente trabajo de graduación, con seguridad serán excelentes profesionales.

A mi novio, por brindarme su amor, apoyo, comprensión y colaboración durante gran parte de la carrera, espero que logremos y compartamos muchos éxitos más.

A la Directora de Seminario, por guiarnos en la elaboración de este trabajo, con su dedicación en tiempo, conocimientos y paciencia.

En general a todas aquellas personas que forman parte de las instituciones que visitamos durante la investigación, porque nos brindaron muy amablemente ayuda y tiempo a pesar de todas sus ocupaciones cotidianas.

AGRADECIMIENTOS DE NOEMY ESTER GOMEZ ALVARADO.

“No temas, porque yo estoy contigo; no desmayes, porque yo soy tu Dios que te esfuerzo; siempre te ayudaré, siempre te sustentaré con la diestra de mi justicia.” Isaías 41:40.

Gracias Dios por darme esa promesa y por estarla cumpliendo en mi vida a cada momento y en cada prueba a la que me enfrento, y gracias por la preciosa sangre de tu hijo Jesucristo que me ha dado el propósito de mi existencia a ti Padre Celestial, ésta victoria es tuya.

Papi y mami gracias por ese fuerza y sacrificio que hacen por mi y por mis hermanos para darnos las herramientas necesarias y poder enfrentarnos a la vida, por estar siempre ahí cuando necesitaba aliento, apoyo, consejo, una caricia, por inspirarme sobre la superación y el esfuerzo, y lo mas importante por ser mis padres, y el logro que he alcanzado les pertenece a ustedes.

A mis hermanos, Carlitos, Karla y Gabriel por tenerme paciencia, por su apoyo, y su ayuda cuando necesite de ella, y a mi abuelita por brindarme y demostrarme su amor a cada momento y por ayudarme en lo que este a su alcance.

Gracias a mis compañeros de Tesis: Ingrid, primeramente por ser mi amiga, por demostrarme su amistad sincera, por sus consejos sinceros, por estar ahí para apoyarme y darme siempre palabras de ánimo, gracias amiga la quiero mucho, que Dios le de éxito en su vida. A David por esforzarse en presentar un excelente trabajo de graduación y por su amistad.

A los hermanos de mi iglesia por llevarme en sus oraciones, pidiéndole a Dios que me ayudara en mis estudios y por la culminación de mi carrera.

INDICE

Páginas

INTRODUCCIÓN	I
CAPITULO UNO	1
PLANTEAMIENTO Y MANEJO METODOLOGICO DE LA INVESTIGACION	1
1.1 EXORDIO	1
1.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	2
1.3 ENUNCIADO DEL PROBLEMA	4
1.4 DELIMITACIÓN ESPACIAL, TEMPORAL Y TEÓRICO- CONCEPTUAL DE LA INVESTIGACIÓN	4
1.5 JUSTIFICACIÓN	5
1.6 OBJETIVOS	7
1.6.1 Objetivo General.....	7
1.6.2 Objetivos Específicos	7
1.7 MARCO HISTÓRICO TEÓRICO	7
1.8 MARCO DOCTRINARIO – JURÍDICO	22
1.9 ENUNCIADO DE HIPÓTESIS.....	37
1.9.1 Hipótesis General.....	37
1.9.2 Hipótesis Específicas.....	37
1.10DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS.....	38
CAPITULO DOS	43
EL SISTEMA FINANCIERO EN EL SALVADOR	43
2.1 EXORDIO	43

2.2	DEFINICIÓN.....	44
2.3	ESTRUCTURA	46
2.3.1	Superintendencia de Valores	47
2.3.1.1	Organización.....	48
2.3.1.2	Finalidad.....	49
2.3.1.3	Instituciones que la integran.....	52
2.3.1.4	Actividad Contralora.....	53
2.3.2	Superintendencia del Sistema Financiero.....	54
2.3.2.1	Organización.....	55
2.3.2.2	Finalidad.....	58
2.3.2.3	Actividad Contralora.....	59
2.3.2.4	Instituciones que la Integran.....	64
CAPITULO TRES		84
OPERACIONES BANCARIAS		84
3.1	EXORDIO	84
3.2	DEFINICIÓN.....	85
3.3	CLASIFICACIÓN	89
3.3.1	Operaciones Neutras.....	89
3.3.2	Operaciones Pasivas.....	91
3.3.3	Operaciones Activas	93
3.3.3.1	Apertura a Crédito.....	94
CAPITULO CUATRO		150
CLAUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO A CRÉDITO		150
4.1	EXORDIO	150

4.2 AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN.....	151
4.3 CLÁUSULAS DE LOS CONTRATOS.....	155
4.4 CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	157
4.4.1 Clasificación de las Cláusulas Abusivas	158
4.5 TRATAMIENTO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CÓDIGO CIVIL Y CÓDIGO DE COMERCIO	160
4.5.1 Código Civil	160
4.5.2 Código de Comercio	164
4.6 TRATAMIENTO DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS EN LA LEY DE PROTECCION AL CONSUMIDOR.....	165
4.6.1 Consideraciones a la clasificación de Cláusulas Abusivas en la Ley de Protección al Consumidor.....	191
4.7 CLAUSULAS ABUSIVAS INCLUIDAS EN EL CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO	215
CAPITULO CINCO	239
ANÁLISIS A LA LEY DEL SISTEMA DE TARJETA DE CRÉDITO	239
5.1 EXORDIO	239
5.2 REGULACIÓN DE LAS TARJETAS DE CRÉDITO EN EL DERECHO COMPARADO	240
5.3 ANÁLISIS DE LA SITUACION NORMATIVA EN MATERIA DE CLAUSULAS ABUSIVAS ANTES DE LA APROBACION DE LA LEY DEL SISTEMA DE TARJETAS DE CREDITO.	244
5.4 ANÁLISIS AL ANTEPROYECTO DE LEY DE TARJETA DE CREDITO.....	250
5.4.1 Título.....	251
5.4.2 Objeto.....	252

5.4.3 Sujetos	254
5.4.4 Actos.....	255
5.4.5 Régimen Sancionatorio	262
5.5 LEY DEL SISTEMA DE TARJETA DE CREDITO	264
5.5.1 Entidades Fiscalizadoras	264
5.5.2 Intereses	267
5.5.3 Especificaciones del Contrato de Apertura de Crédito	269
5.5.4 Régimen Sancionatorio	270
5.5.5 Cláusulas Abusivas.....	272
5.6 ESPECTATIVAS DE LA LEY DEL SISTEMA DE TARJETAS DE CREDITO EN EL TEMA DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS	275
CAPITULO SEIS	277
ANALISIS DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACION DE CAMPO	277
6.1 EXORDIO	277
6.2 ENCUESTAS A TARJETAHABIENTES.....	278
6.3 ENTREVISTA REALIZADA A REPRESENTANTE DE LA SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO.	297
6.4 ENTREVISTA A ASESOR JURÍDICO DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA.....	304
6.5 ENTREVISTA A REPRESENTANTE DE LA DEFENSORÍA DEL CONSUMIDOR.....	312
6.6 ENTREVISTA A DOCENTE DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO Y PROCESAL DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR.....	314
CAPITULO SIETE	326

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES..... 326
7.2 CONCLUSIONES.....326
7.3 RECOMENDACIONES329

BIBLIOGRAFIA..... 333

ANEXOS..... 340

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de graduación es para optar al Título de Licenciado (a) en Ciencias Jurídicas, por lo que su contenido constituye un análisis de tipo jurídico legal sobre una problemática existente en la sociedad salvadoreña; esta problemática se denomina ***“Cláusulas abusivas en el Contrato de Apertura a Crédito (Tarjeta de Crédito)”***.

El tema es de interés en la sociedad Salvadoreña debido a que la adquisición de tarjetas de crédito se ha convertido en una práctica económica de gran magnitud, involucrando a emisores, tarjetahabientes y negocios adheridos al sistema de tarjeta de crédito, pero no solo se trata de sujetos que intervienen en la relación, sino que también se involucra una gran cantidad de dinero que circula a través de esas relaciones que surgen por este negocio jurídico. Pero entre los sujetos que intervienen en este conjunto de relaciones, es el usuario de tarjeta de crédito, quien se encuentra en una posición desventajosa frente a los demás, principalmente en la relación que establece con el emisor, mediante el contrato de Apertura de Crédito que es por medio del cual se emiten las tarjetas de crédito. Este Contrato es de aquellos que se denomina de adhesión o de contratación dirigida y en su contenido puede observarse que en algunos casos se incluyen *“cláusulas abusivas”*, las cuales pueden producir perjuicios al usuario y acerca de estas cláusulas se referirá el trabajo de investigación que se presenta y del cual a continuación se detallara su contenido capitular.

En el capítulo I de este trabajo se presenta el “*Diseño de la investigación*”, que comprende en primer lugar el planteamiento del problema, en el cual se presenta la problemática general alrededor de la tarjeta de crédito. Con la delimitación del problema se establece específicamente el tema a investigar; por su parte el enunciado del problema es una pregunta a que se le dará respuesta en el desarrollo de la investigación.

En la delimitación espacial, temporal y teórico-conceptual de la investigación se enmarca el espacio territorial y el periodo de tiempo en que se elaboro la investigación. Con la Justificación se responde al aporte documental que trae este trabajo a estudiantes, y a la sociedad misma debido a la práctica del uso de tarjetas de crédito que se ha generalizado en nuestro país. Posteriormente se presentan los objetivos general y específicos que se han planteado lograr a través de la investigación. En el Marco Histórico Teórico se trata los inicios del Derecho Bancario y de la tarjeta de crédito hasta hoy en día, para conocer el desarrollo y la situación actual por la que atraviesan ambos. En el marco Doctrinario Jurídico del Problema, se reflejan los primeros estudios bibliográficos que se han realizado sobre el tema y que han servido de base en la delimitación del problema, formulación de objetivos y justificación, en dicho apartado se encuentran además la legislación aplicable a la actividad bancaria y en particular a la emisión de tarjetas de crédito.

En último lugar, para la problemática planteada se han formulado probables respuestas a través de la hipótesis general e hipótesis específicas y se elaboró un breve glosario de la terminología propia del tema seleccionado.

En el Capítulo II se abordara la temática del “*Sistema Financiero en El Salvador*”, definido como “*la estructura institucional bajo la cuál funciona y se sustentan todas las operaciones financieras pasivas de un país*”, haciendo un breve estudio sobre su definición para luego poder explicar su estructura.

Referente a su estructura se trataran las entidades que forman parte del Sistema Financiero, es decir, la Superintendencia de Pensiones, la Superintendencia de Valores, y la Superintendencia del Sistema Financiero, tomando en cuenta los aspectos relevantes de cada una de estas como son su organización, finalidad, funciones y/o atribuciones, las entidades sobre las que ejercen control y vigilancia, y la actividad controladora respecto de las entidades sobre las que ejercen control.

En este capítulo se ha dado un especial trato al tema de la Superintendencia del Sistema Financiero, por ser la entidad que se encarga de la fiscalización y vigilancia de los bancos, de quienes se abordara su definición, forma de organización y clasificación.

En el Capítulo III de este trabajo de investigación, hemos de referirnos a la definición y clasificación de las “*Operaciones Bancarias*”; porque los Bancos cumplen la función fundamental de la intermediación financiera, consistente en recoger el circulante o medio efectivo que se encuentra en manos de terceros sin ser utilizado o invertido, mediante operaciones pasivas, para entregarlo a otras personas que lo requieren en su trabajo por medio de las operaciones activas. Dentro de las operaciones activas que realizan los Bancos se encuentra la celebración de contratos de apertura a crédito por medio de los cuales se emiten tarjetas de crédito. En relación al Contrato de Apertura a Crédito se estudiara su definición, funcionamiento, perfeccionamiento, características, naturaleza jurídica, las modalidades de

este, y las obligaciones que genera el contrato para cada una de las partes.

Últimamente en este capítulo se tratara el tema de la tarjeta de crédito, su naturaleza jurídica, función económica, y la clasificación que de las tarjetas de crédito se hace.

El capítulo IV se titula “*Cláusulas Abusivas en el Contrato de Apertura a Crédito*”, en el se desarrollan contenidos tales como el contrato desde la doctrina civil y sus elementos, dentro de los cuales se encuentran el consentimiento y la autonomía de la voluntad, que conlleva a cada persona a contratar libremente.

Se desarrolla además de forma general el tema de las cláusulas para posteriormente tratar las cláusulas abusivas, su definición, clasificación; tratamiento de las cláusulas abusivas en el Código Civil, Código de Comercio y Ley de Protección al Consumidor, realizando ciertas consideraciones a la enumeración de cláusulas abusivas que se encuentra en esta ley.

Posteriormente en esta capítulo se realiza un análisis de las cláusulas que pueden considerarse abusivas dentro de un Contrato de Apertura a Crédito.

En el capítulo V titulado “*Análisis a la Ley del Sistema de Tarjeta de Crédito*”, se realiza un análisis de la normativa en materia de cláusulas abusivas y de las instituciones como la Defensoría del Consumidor y la Superintendencia del Sistema Financiero que en el cumplimiento de sus funciones vigilan y fiscalizan el cumplimiento de las leyes aplicables y hasta sancionan las faltas que se cometieren en esta materia.

A continuación se estudia el Anteproyecto de la Ley del Sistema de Tarjeta de Crédito presentado en el año 2002 y que hasta el año 2009 seguía sufriendo diversidad de modificaciones y siendo objeto de una serie de discusiones protagonizadas por las instituciones que se encontraban involucradas de una forma directa con la problemática, que eran la Asociación de Intermediarios Financieros no Bancarios (ASIFBAN), Asociación Bancaria Salvadoreña (ABANSA), Superintendencia del Sistema Financiero (SSF), Banco Central de Reserva (BCR), Defensoría del Consumidor (DC) y Centro de Defensa del Consumidor (CDC), presentando cada una de sus consideraciones y aportes a dicha Ley en los Anexos. En la parte final de este capítulo se agregan las modificaciones que se le hicieron al Anteproyecto para ser aprobado como Ley, debido a que previamente se estudio' el Anteproyecto en su totalidad.

En el Capítulo VI que se denomina “*Análisis de los Resultados de la Investigación de Campo*”, se verá reflejado el resultado de las encuestas hechas a los tarjetahabientes y sus razonamientos en cuanto a cada una de las interrogantes que les fueron formuladas, acompañadas de su respectivo análisis; asimismo las entrevistas realizadas a un miembro de la Superintendencia del Sistema Financiero, a un asesor del grupo parlamentario del FMLN, un representante de la Defensoría del Consumidor y a un docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, de las cuales hacemos un análisis a luz de cada una de sus opiniones.

Finalmente en el Capítulo VII se encuentran las “*Conclusiones y Recomendaciones*” que se han logrado obtener al finalizar el presente trabajo. Las conclusiones surgen a partir de los elementos de investigación recolectados, principalmente documental; posteriormente se encuentran las

recomendaciones, las cuales se enlazan con las conclusiones, dando premisas de lo que se debe hacer para frenar las cláusulas abusivas en el contrato de apertura a crédito para la emisión de tarjetas de crédito.

CAPITULO UNO

PLANTEAMIENTO Y MANEJO METODOLOGICO DE LA INVESTIGACION

SUMARIO: 1.1 Exordio, 1.2 Planteamiento del Problema, 1.3 Enunciado del Problema, 1.4 Delimitación espacial, temporal y teórico – conceptual de la investigación, 1.5 Justificación, 1.6 Objetivos, 1.6.1 Objetivo General, 1.6.2 Objetivos Específicos, 1.7 Marco Histórico Teórico, 1.8 Marco Doctrinario – Jurídico, 1.9 Enunciado de Hipótesis, 1.9.1 Hipótesis General, 1.9.2 Hipótesis Específicas, 1.10 Definición de términos básicos.

1.1 EXORDIO

En este capítulo se presenta el diseño de investigación en relación al tema ***“Cláusulas Abusivas en el Contrato de Apertura a Crédito (Tarjetas de Crédito)”***, diseño que comprende en primer lugar la delimitación y el enunciado del problema. Con la delimitación del problema se pretende establecer específicamente qué interesa estudiar del tema a investigar; por su parte el enunciado del problema es una pregunta a la cuál se tratará de dar respuesta en el desarrollo de la investigación. Posteriormente se encuentra la Justificación, en donde se expresan las razones que motivaron a la selección del tema, pues ésta investigación debe de brindar un aporte no sólo a los estudiantes, sino que también a la sociedad misma debido a la práctica del uso de tarjetas de crédito que se ha generalizado en nuestro país, y a que los usuarios son los afectados en la incorporación de cláusulas calificadas como abusivas y además la enunciación de los objetivos que se han trazado y se pretenden lograr con la investigación.

En el Marco Histórico, Teórico y Doctrinario Jurídico del Problema, se reflejan los primeros estudios bibliográficos que se han realizado sobre el tema y que han servido de base en la delimitación del problema, formulación de objetivos y justificación, en dicho apartado se encuentran además la legislación aplicable.

Finalmente, para la problemática planteada se han formulado probables respuestas a través de las hipótesis y se elaboró un breve glosario de la terminología propia del tema seleccionado.

1.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El Derecho Bancario como rama del Derecho Mercantil, ha ido evolucionando en la medida que la actividad bancaria ha crecido, muestra de esto último es la alta gama de operaciones y asimismo servicios que los bancos ofrecen al público, un ejemplo claro se encuentra en el contrato de apertura a crédito mediante el cual se puede disponer del crédito haciendo uso de una tarjeta, conocida por muchos como **“dinero plástico”**, una práctica que se puede considerar común a causa de la globalización, y donde si bien es cierto ofrece toda una serie de servicios a los usuarios, también puede generar una diversidad de dificultades en su utilización.

En el caso particular de El Salvador, al igual que en la mayoría de países, los Bancos hacen uso de la contratación dirigida, por medio de los conocidos contratos de adhesión¹, los cuales por ser formatos elaborados con anticipación permite a los Bancos incorporar toda una serie de

¹ La contratación bancaria es masiva, y sería difícil para los bancos redactar un contrato de cualquiera de sus servicios cuando lo necesita un particular, en ese sentido y con la necesidad de agilizar sus operaciones acuden a la contratación dirigida por medio de formatos de contratos elaborados con anticipación.

cláusulas que a la postre crean un perjuicio al usuario, en ese sentido es evidente que el contenido de esas cláusulas es abusivo, esto como producto de las políticas internas que adoptan los Bancos, las cuales al no ser frenadas por nadie, permite la incorporación de cláusulas abusivas en el contrato de apertura a crédito.

Otra de las causas que permite la incorporación de cláusulas abusivas por parte de los Bancos en el contrato de apertura a crédito, es la falta de mecanismos eficaces, como lo pueden ser la falta de una ley especial en materia de tarjeta de crédito que incorpore un apartado referente a cláusulas abusivas, y también la falta de una entidad vigilante, que cuente entre sus facultades la de imponer sanciones, ó mejor aun la de dar alternativas para que las instituciones financieras bancarias no tengan que hacer uso de dichas cláusulas.

Se han realizado algunos esfuerzos, pero no son suficientes, porque instituciones estatales como la Superintendencia del Sistema Financiero, cumple un papel únicamente **“fiscalizador y vigilante”** sin poseer atribuciones que le permitan intervenir en mayor medida en la actividad bancaria, ó al menos en lo que a contratos de apertura a crédito se refiere.

Los tarjeta habientes no dejan de tener un papel poco ó nada protagónico ante esas cláusulas abusivas, por la falta de interés por parte de los mismos en conocer sus derechos y a estar informados debidamente, y la inexistencia de la cultura de denuncia.

1.3 ENUNCIADO DEL PROBLEMA

Todos los elementos expuestos constituyen la problemática de las cláusulas abusivas en el contrato de apertura a crédito (tarjeta de crédito), y permiten formular la siguiente interrogante:

¿Como incide la falta de mecanismos efectivos de control por parte del Estado en la incorporación de cláusulas abusivas en el contrato de apertura a crédito (tarjeta de crédito)?

Teniendo como base la interrogante formulada, el estudio se ubica en la incorporación de las cláusulas abusivas en el contrato de apertura a crédito en especial consideración a aquel en que se emite una tarjeta de crédito, haciendo referencia a las consecuencias que conlleva la falta de una ley especial en materia de tarjeta de crédito, la falta de compromiso por parte del Estado en la no incorporación de este tipo de cláusulas, y a los efectos negativos que produce esas cláusulas a los usuarios de tarjetas de crédito.

1.4 DELIMITACIÓN ESPACIAL, TEMPORAL Y TEÓRICO-CONCEPTUAL DE LA INVESTIGACIÓN

Para la realización de la investigación, el campo espacial es el Municipio de San Salvador, pues reúne todas las características y elementos que son necesarios para el mejor desarrollo del estudio; la anterior valoración se hace en el sentido que el Municipio de San Salvador es la ciudad donde se da mayor afluencia de comercio formal, y la accesibilidad a los bancos y sus servicios es ágil, facilitando la adquisición de tarjetas de crédito y su utilización en los diferentes establecimientos adheridos al sistema.

La delimitación temporal se ubica a partir del día 1 de Julio de 2008 hasta el día 1 de Julio de 2009, la razón de hacerlo durante este lapso de tiempo es la de poseer información reciente acerca de la emisión de tarjetas de crédito, del banco como entidad emisora, e investigar el papel actual de las instituciones que fiscalizan y vigilan a las entidades bancarias y defienden los derechos de los consumidores.

1.5 JUSTIFICACIÓN

Cuando surgen nuevos hechos económicos (aunque no sean imprescindibles), es necesario y conveniente que el derecho los acompañe en su desarrollo, como dice Ernesto C. Wayar *“Cuando el derecho no se adecua a los cambios económicos tiende irremediablemente a depreciarse, a convertirse en inservible, en material no utilizable”* y ante el incremento de esos hechos es imposible permanecer indiferentes, entonces, al introducirnos en la investigación y elaboración del trabajo referente a ***“Cláusulas abusivas en el Contrato de Apertura de Crédito (Tarjeta de Crédito)”*** se lograrán importantísimos aportes a la sociedad en general, pues, la adquisición de una tarjeta de crédito se ha convertido en una actividad de constante crecimiento, existiendo muchas instituciones que se dedican a la emisión de ellas, considerando así aumentar sus ganancias y brindar mayor comodidad al usuario o titular en el momento de realizar sus compras o adquirir dinero en efectivo; sin embargo, a pesar del uso que tienen las tarjetas de crédito el conocimiento sobre su uso, forma de contratación y todo lo que versa sobre ellas es aún limitado, por lo que es necesario brindar información amplia, oportuna y adecuada a través de estudios como el que se presenta.

El Derecho evoluciona junto a la realidad adecuando la legislación existente a las nuevas formas de contratación o regulándolas de una manera especial. En el caso concreto de la emisión y adquisición de tarjetas de crédito existe inseguridad para las partes intervinientes, pues no se ha implementado ninguna de estas formas de control y mucho menor es la intervención cuando se trata de las cláusulas que son parte de ese contrato clasificado como de adhesión, razón por la cual requiere de una mayor atención porque es el emisor quien redacta las condiciones generales del contrato, pudiendo colocar al adquirente en una situación de desventaja frente al emisor, pues no discute ninguna condición sino que se limita a aceptarlas.

Con este estudio se pretende proponer una diversidad de soluciones a los problemas existentes en cuanto a la emisión de tarjetas de crédito, su uso y con mayor amplitud referente a las cláusulas que son introducidas en los contratos de Apertura de Crédito (Tarjeta de crédito) consideradas como abusivas y los parámetros para ser identificadas.

Se espera además con este estudio beneficiar a diferentes sectores de la sociedad, pues cada día el sistema de tarjeta de crédito alcanza mayor cobertura a nivel mundial y El Salvador no es la excepción. Entre estos sectores tenemos a los estudiantes de la carrera de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, pues son quienes al igual que los profesionales, deben permanecer a la vanguardia de nuevos comportamientos como la innovación en el intercambio de bienes y servicios.

Es necesario también que las personas que poseen una tarjeta de crédito o desean adquirirla reciban toda la información adecuada sobre ellas.

1.6 OBJETIVOS

1.6.1 Objetivo General

- Presentar un estudio jurídico de las cláusulas abusivas en el contrato de Apertura de Crédito (Tarjeta de Crédito).

1.6.2 Objetivos Específicos

- Determinar las cláusulas abusivas en el contrato de Apertura de Crédito (Tarjeta de Crédito) y sus efectos en los usuarios.
- Identificar los mecanismos de protección con que cuentan los usuarios de las tarjetas de crédito ante la introducción de cláusulas abusivas en el contrato de Apertura de Crédito (Tarjeta de Crédito).
- Verificar el grado de interés por parte de los usuarios en conocer sus derechos en el contrato de Apertura de Crédito (Tarjeta de Crédito).
- Conocer la actividad de las instituciones controladoras frente a la contratación bancaria.

1.7 MARCO HISTÓRICO TEÓRICO

La historia del Derecho Bancario, constata ejemplos de operaciones que hoy en día pueden considerarse bancarias, y que se practicaban desde épocas muy antiguas², de esta forma se afirma que las primeras operaciones

² RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, “Contratos Bancarios, su significación en América Latina”, Biblioteca FELABAN –INTAL, Primera Edición, Pág. 121.

Bancarias se realizan en la Mesopotamia, donde sacerdotes recibían ofrendas y prestaban parte a los esclavos. En Babilonia, se cita como antecedente más destacada el Código de Hammurabi, donde las operaciones comerciales eran desarrolladas por sacerdotes y laicos.

En Grecia, donde la moneda era el factor que movilizaba la economía, existían los *“trapesistas”*, los cuales eran propiamente prestamistas, y de los *“colubistas”*, los cuales eran cambistas, cuyas actividades florecieron Atenas. En Roma, influido en parte por la actividad bancaria de Grecia, surgen los *“numulari”* cambistas, y los *“argentari”* propiamente banqueros, cuyas actividades eran más amplias, efectuando cobros y pagos por cuenta de sus clientes, entrega de dinero a interés, entre otros, y donde se desarrolla el sistema contable.

En las Cruzadas, se favorece el intercambio y la comunicación, e impusieron a quienes se desplazaban en ellas la necesidad de transportar dinero y reemitirlo a sus lugares de origen, presentándose lo que se considera el florecimiento de la actividad comercial y de la actividad bancaria actual.

Más adelante, a finales del siglo XIV y comienzos del XV aparecen diversos organismos financieros, desde los *“Montes”* para financiar las Municipalidades, hasta Bancos como la *“Casa de San Giorgio”*, en Génova.

El descubrimiento de América permite la apertura de grandes mercados y el debilitamiento de la actividad eclesiásticas en el cobro de intereses para las operaciones de préstamo, la banca adquirió una especial personalidad y se configuró con sus características modernas, dentro de ellas se destaca la presencia del billete como forma monetaria no vinculado a

la existencia de determinados bienes en depósito. La banca contemporánea se caracteriza por integrarse dentro de un sistema que suele tener como cabeza un Banco Central y esta regido por normas particularmente estrictas, las cuales con el paso de los años han ido respondiendo a las distintas necesidades durante los últimos siglos.

Los avances de la tecnología en el siglo XIX crea nuevas formas de contratación bancaria, permitiendo no solo hacer uso de la moneda metálica o imprimiendo y emitiendo moneda papel, sino haciendo uso del dinero plástico (tarjetas de crédito)³, donde es necesario advertir desde este momento y que posteriormente no se ofrezca a confusiones su emisión deviene del contrato de apertura a crédito, por que entre el tarjetahabiente y su Banco existe un típico negocio de línea de crédito, donde se otorga al cliente la disponibilidad para acudir a sus arcas, hasta por una determinada suma, mediante la utilización de la misma mediante la adquisición de bienes y servicios.

El fenómeno de la tarjeta de crédito surge por motivos o razones de diversa índoles, con un funcionamiento de diferente matiz de lo que es hoy en la actualidad. Los Antecedentes Estadounidenses⁴ manifiestan que las tarjetas de crédito nacen en ciertas cadenas de hoteles, los cuales emitieron tarjetas personalizadas que eran entregadas a los mejores de sus clientes y

³ Las tarjetas de crédito (nombre genérico), no tiene su origen en la contratación bancaria, de hecho esta modalidad fue adoptada primeramente por Hoteles en Estados Unidos, después por entidades especializadas en la emisión de tarjetas de crédito con Compañías como Diners Club, y American Expres, y otras que prestaban servicios a sus clientes, entre ellas compañías petroleras como Texaco y Esso, y fue hasta mediados del siglo XIX que por primera vez un Banco emite tarjetas de Crédito por medio del Banco Nacional Franklin, de ahí y sus antecedentes más inmediatos en Americana Latina indican que su implementación se da por primera vez en la década de 1970.

⁴ MUGUILLO, Roberto A., “Tarjeta de Crédito”, Tercera Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004, Págs. 4-7

que servían a estos para la utilización de los servicios de hotelería en cualquier punto del país, dentro de los hoteles asociados o de propiedad de la cadena, sin necesidad de hacer efectivo pago alguno en moneda de curso legal y que podían ser liquidados a posteriori por las oficinas centrales de la empresa.

La utilización de la tarjeta de crédito se fue extendiendo, llegando así a grandes empresas petroleras (Texaco y Estándar Oil), extendiendo tarjetas a clientes, empleados y a ejecutivos como método de control de compra y de gastos. Con posterioridad fueron incorporando su uso los grandes almacenes y las grandes tiendas, para extenderse hacia 1940 a las compañías de ferrocarril y líneas aéreas, época a partir de la cual comienza a surgir un decrecimiento debido en primer lugar a la crisis económica mundial de los años 30 y el inicio de la segunda guerra mundial, marcando hasta esta época lo que puede considerarse el primer peldaño de la etapa evolutiva de la tarjeta de crédito, donde existía únicamente una relación bilateral entre la empresa vendedora o prestataria de servicios, y por el otro lado el cliente consumidor de esos bienes y servicios.

En 1949, iniciando la segunda etapa y la adultez del instituto de la tarjeta de crédito, es cuando por primera vez surge en el mercado Estadounidense la primera empresa emisora de tarjetas de crédito como objetivo propio de la empresa, marcando la faz pluralista ó multiforme del instituto. Esa empresa pionera era *Diners Club*, y aunque la tarjeta emitida era para muy limitados rubros, a poco de ser lanzada fue ampliándose el mercado de compras, hasta ser admitida como una forma usual de adquisición de una multitud de bienes y de servicios, llegando a niveles internacionales, cubriendo rubros como diversiones, viajes y turismo.

Ante el éxito obtenido, “*American Expres*” prestataria en servicios de turismo, se lanzo a incorporar aquel nuevo sistema a su operatoria, logrando un gran desarrollo, que hacia 1982 su solidez financiera y su empuje había comenzado a desplazar a la empresa pionera⁵.

A fines de la década de los años cincuenta, las Instituciones Bancaria comenzaron adoptar en su funcionamiento la emisión de tarjetas de crédito, lo cual puede considerarse como la tercera etapa, donde Bancos como “*Franklin Nacional Bank of New York, y Bank of América*” fueron de los primeros en hacerlo, en el caso de este ultimo por medio de su famoso tarjeta “*Bank Americard*”. A pesar de ello, muchos Bancos no lograron el éxito esperado, sufriendo grandes pérdidas en la aplicación del sistema, a tal punto que la mayoría opto por retirar de circulación las tarjetas⁶.

La tarjeta de crédito fue experimentando a partir de entonces usos diferentes al del crédito de consumo, brindando así servicios de cajeros automáticos, y hasta créditos en dinero en efectivo en forma mecánica. Asimismo fue desarrollando múltiples formas que permitieron y facilitaron su extensión a la adquisición, y no se limitaba únicamente a la adquisición de servicios de primera necesidad, sino también a la adquisición de bienes de gran valor, a la incorporación de nuevos sujetos dentro de la relación

⁵ American Expres hacia 1982 gracias al éxito obtenido por medio de sus tarjetas de crédito, logro en ese año un ingreso bruto de 8.093 millones de dólares, con más de 15 millones de tarjetas emitidas, 734,000 comercios y entidades adheridas además de sus propias sucursales bancarias y de turismo, y casi 2,100 bancos operando sus sistema solo en Estados Unidos de América.

⁶ MUGUILLO, Roberto A. “Tarjeta de Crédito”..., Pág. 6. “Algunos Bancos remitieron tarjetas a sus clientes -sin solicitarlo estos- a fin de fomentar su uso y acelerar el desarrollo de su propio sistema. Sin embargo, algunos clientes protestaron cuando se produjo el débito, por sus compras, entendiéndose por diversas Cortes del circuito Federal que no correspondía efectuar tal débito, si el cliente no había requerido la utilización de la tarjeta, pudiéndose entender por ello como un presente por buena clientela para desgracia de aquellos Bancos emisores. Esto fue el origen de lagunas disposiciones estaduales y federales que determinan que solo se podrá emitir tarjeta de crédito contra una petición escrita o una aplicación firmada en tal sentido por el interesado”.

negocial, al sistema local e internacional de comunicaciones. Por otro lado la tarjeta ha permitido mediante su operatividad, y permite la consulta previa de la operación, como garantía tanto del cliente como del comerciante. A su vez ha desarrollado la especialización y centralización de bancos a de datos e informes sobre los clientes usuarios de este tipo crédito.

De todo lo anterior se puede decir que la tarjeta de crédito se ha convertido en parte de la práctica comercial, económica y financiera de Estados Unidos, es decir en una costumbre comercial.

Por otro lado, en los países de Europa la incorporación de las tarjetas de crédito al sistema local fue mucho más lento y trabajoso que en los Estados Unidos de América, el arraigo en Europa fue más costosa para las compañías emisoras como “*Diners Club y American Express*”, por ello, a principios de la década de 1960 comenzó a insertarse como un uso corriente en Inglaterra.

El desarrollo en Europa lo marca el ingreso de la operativa de la tarjeta de crédito a través del “*Banco Barclay*”, el cual impuso a su enorme clientela el uso de su tarjeta “*Barclaycard*”.

Mucho más lento fue el desarrollo en Francia, esto se debió probablemente a la tendencia del sistema francés que es la de endeudarse en una proporción siete veces menor que el estadounidense, y a operar en dinero en efectivo, quizá como resabio de las guerras que sufrió el país. De igual forma países como Alemania, Bélgica, Italia y España, que se incorporaron al sistema de tarjetas de crédito mediante sus propias tarjetas locales.

En El Salvador bajo el acápite de Derecho Bancario se estudia todo un conjunto de normas en la cuál convergen varias ramas del derecho y que se agrupan simplemente desde el punto de vista académico o didáctico, para analizar y estudiar las entidades bancarias, las actividades que ellas realizan, los contratos que celebran y las relaciones con las entidades reguladoras y con los sistemas de control.

El Art. 2 de la Ley de Bancos⁷ de nuestra Legislación Salvadoreña, nos dice qué debemos de entender por un Banco y éstos son aquellas instituciones que actúan de manera habitual en el mercado financiero, haciendo llamamiento al público para obtener fondos a través de depósitos, la emisión y colocación de títulos valores o cualquier otra operación pasiva, quedando obligado directamente a cubrir el principal, intereses y otros accesorios, para su colocación en el público en operaciones activas.

En la definición se mencionan operaciones pasivas y operaciones activas; por operaciones pasivas se entienden las operaciones que tienen por objeto la captación de recursos y por operaciones activas las que tienen por objeto la colocación de recursos⁸, es decir la función del banco a través de operaciones pasivas es captar recursos, los cuales son su materia prima, la base de su giro, y esto lo hace ofreciendo a los inversionistas o depositantes un determinado precio por utilizar sus recursos; contando con recursos, el banco realiza con ellos operaciones activas ofreciendo al público productos financieros a cambio de pagar un determinado precio por facilitar el uso de los recursos.

⁷ LEY DE BANCOS, Decreto Legislativo No. 697, de fecha 2 de septiembre de 1999, publicado en el Diario Oficial No. 181, Tomo 344 de fecha 30 de septiembre de 1999.

⁸ DELGADO B., Aquiles Antonio, “Derecho Bancario Salvadoreño”, Artes Gráficas Publicitarias, San Salvador, 2007, Pág.115 y 114.

Entre las operaciones activas que realizan los referidos intermediarios financieros están:

1. Prestamos: que asume diversos supuestos como los préstamos sindicados y participativos, descuento, sobregiro, anticipo, crédito documentario, reporto y la carta de crédito, entre otros.
2. Apertura de crédito⁹.

En el Código de Comercio, se distinguen como operaciones de crédito las siguientes:

1. Apertura de Crédito que incluye el descuento, el crédito documentario y el anticipo.
2. Préstamo Mercantil.
3. Créditos a la producción.
4. Reporto.
5. Cuenta Corriente.
6. Carta de Crédito.

Las operaciones anteriores se realizan a través de celebración de contratos y como es de saber, al hablar de Contratos en derecho Mercantil, implica también hacerlo de contratos innominados, tales el contrato que celebra un banco con el público para la emisión de una Tarjeta de Crédito; en nuestro país, la tarjeta de Crédito es emitida a través de la celebración de un Contrato de Apertura a Crédito y por éste se entiende el acuerdo según el cuál el banco (acreditante) se compromete con su cliente (acreditado) a concederle crédito de dinero o de firma, directamente a él o aun tercero que le indique, dentro de ciertos límites cuantitativos y mediante el pago del

⁹ DELGADO B., Aquiles Antonio, “Derecho Bancario Salvadoreño...”, Pág. 153.

acreditado de una remuneración¹⁰; es decir, lo que se contrata es una disponibilidad de crédito durante cierto tiempo, éste tiempo depende de la forma en que se haya estipulado, que puede ser a plazo o de forma indefinida y se dice que esa disponibilidad que una persona tiene para con un banco de obtener créditos de éste, es lo que diferencia al Contrato de Apertura a Crédito del Contrato de Mutuo.

Dentro de las clasificaciones de éste Contrato, la tarjeta de Crédito se emite por medio del Contrato de Apertura a Crédito Rotativo y por éste el banco le da la facultad al acreditado de hacer reembolsos durante la vigencia del contrato, reponiendo con ellos el saldo o sumas disponibles a su favor, por lo tanto si utiliza la totalidad del crédito pero lo reembolsa, vigente aún el contrato, podrá de nuevo hacer utilizaciones por todo o parte de la suma puesta a su disposición¹¹.

La Tarjeta de Crédito funciona de ésa manera, mediante el reembolso de la cantidad disponible, por ello se consigna que mensualmente se tendrá que pagar una cantidad para que pueda tener saldo disponible a la hora de quererla utilizar nuevamente, con esto el banco paga a terceros que presenten sus facturas firmadas; los terceros a quienes el banco paga por las facturas presentadas son determinados por el mismo acreditado, a través de la utilización de los servicios que éstos prestan y de los cuales se ha hecho uso, pagándose con el crédito disponible con el que cuenta por medio de la Tarjeta de Crédito, pero la persona no puede utilizar libremente la Tarjeta en cualquier establecimiento de prestación de bienes y servicios sino que éste

¹⁰ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, “ Contratos bancarios, su significación en América Latina”..., Pág. 378

¹¹ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio “Contratos bancarios, su significación en América Latina”..., Pág. 384 y 385.

deberá de respetar los que el Banco ha establecido previamente, en consecuencia la persona solamente puede utilizar el crédito con el que se dispone en éste tipo de contrato, en la adquisición de bienes y servicios ofrecidos por entidades que el Banco ha convenido con anterioridad.

En la actualidad el uso de las Tarjetas de Crédito es muy común, muchas personas toman la decisión de contratar con el banco la emisión de una Tarjeta de Crédito, algunas personas por necesidad y otras por la conveniencia de no tener que llevar consigo grandes cantidades de dinero, además por su uso generalizado en establecimientos que ofrecen diversidad de servicios.

En cuanto a la celebración de éste contrato, se establecen una serie de elementos que el contrato debe de tener, como la cuantía, plazo, forma de utilizar el crédito, comisiones, intereses, formas de terminación del contrato, entre otras; el problema de éste tipo de contrato es que contienen cláusulas predispuestas, es decir se caracteriza porque la conclusión del contrato de Apertura de Crédito rotativo requiere la adhesión del usuario a las condiciones generales predispuestas por el emisor no habiendo libertad de configuración del contrato, el acreditado no tiene la facultad de discutir las cláusulas que contiene, y es aquí donde tiene vida la característica de ser consensual el contrato, pues el usuario tiene la libre decisión de aceptar las condiciones que el banco impone en el contrato o no pues éste se perfecciona con el consentimiento de las partes de celebrar el contrato¹². En nuestra legislación bancaria se refleja lo anterior, pues el Art. 63 inciso primero de la Ley de Bancos establece que: *“Los bancos deberán de*

¹² WAYAR, Ernesto C., “Tarjeta de Crédito y Defensa del Usuario”, Editorial Astrea, Buenos Aires, segunda edición, año 2004, Pág. 109 y 116.

elaborar e implantar políticas y sistemas de control que les permitan manejar adecuadamente sus riesgos financieros y operaciones, considerando entre otras disposiciones relativas al manejo, destino y diversificación del crédito e inversiones, administración de la liquidez, tasa de interés, y operaciones en moneda extranjera, así como la que realicen en el exterior”; el Art. 64 inciso primero establece que los bancos establecerán libremente las tasas de interés, comisiones y recargos.

Con relación a la fijación de precios, los bancos son los que tienen la libre facultad de determinarlos, pero según la Política Nacional de Defensa del Consumidor, los intereses deben de estar supeditados a las condiciones de competencia interna, referencia de precios internacionales (tasas de interés nacionales, primas de las reaseguradoras) y por los requisitos legales¹³, pero éstos al final siempre son establecidos libremente por los bancos y a la vez pueden modificarse, con la condición de que éstos cambios deben de ser publicados en los diarios de mayor circulación; en otras palabras las políticas internas que los bancos manejan respecto a los intereses y demás condiciones de los contratos que quedan a su facultad determinar son los que causan que las cláusulas que contienen éste tipo de contratos de adhesión, atenten contra los derechos de los consumidores, pues según la Defensoría del Consumidor, dentro de las problemáticas más frecuentes, producidas por esa libertad de los bancos de establecer condiciones contractuales, están:

1. Solicitud de planes de pago
2. Retiro de equifax
3. Embargo judicial
4. Devolución de ahorros y aportaciones

¹³ Defensoría del Consumidor, “Política Nacional de Protección al Consumidor”, Informe Octubre de 2006.

5. Cobros y recargos indebidos
6. Tarjetas no solicitadas, cuotas no aplicadas
7. Cobros injuriantes y difamatorios y fiadores inconformes

Además se mencionan prácticas bancarias no apegadas a la Ley de Bancos y que se han estado realizando en la actualidad como: cobro de comisiones y recargos por pago anticipado de préstamos.

Los servicios que ofrecen los bancos son de carácter público, pues ellos ofrecen sus productos financieros al público, en ésta forma, como servicio público y por esa sola circunstancia, suele ser susceptible de una rígida intervención estatal dirigida a ordenarlo, a regular sus tarifas y a imponer las condiciones en las cuales debe prestarse¹⁴, además la regulación y supervisión del sistema financiero se justifica en la necesidad de mantener bajo control el uso del ahorro y las inversiones que las instituciones financieras reciben del público. El objetivo de la supervisión financiera consiste fundamentalmente en vigilar la solvencia de los operadores para procurar la estabilidad del sistema financiero y en la protección de los usuarios; la supervisión se refiere a la vigilancia continua sobre el cumplimiento de las normas correspondientes¹⁵.

En El Salvador, respecto a las operaciones realizadas por entidades financieras, se cuenta con una política de vigilancia de los intermediarios financieros, tanto bancarios como no bancarios. Las entidades que vigilan el quehacer de los bancos son la Superintendencia del Sistema Financiero y

¹⁴ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, “Contratos Bancarios, su significación en América Latina”..., Pág. 96.

¹⁵ DELGADO B, Aquiles Antonio, “Derecho Bancario Salvadoreño”..., Pág. 125.

Defensoría del Consumidor en cuanto a la protección de los derechos de los consumidores.

La superintendencia del Sistema Financiero tiene las siguientes funciones:

- a) Regular la función de intermediación financiera y las otras operaciones realizadas por los bancos e intermediarios financieros no bancarios, propiciando que éstos brinden a la población un servicio transparente, confiable y ágil;
- b) Dictar las normas para que los entes fiscalizados proporcionen al público información suficiente y oportuna sobre su situación jurídica, económica y financiera;
- c) Realizar inspecciones completas en los bancos y demás integrantes del Sistema Financiero;
- d) Publicar por lo menos una vez al año el horario mínimo de atención al público y los días en los cuales los bancos e intermediarios financieros no bancarios pueden cerrar sus agencias;
- e) Velar porque los bancos efectúen las operaciones y presten los servicios a sus clientes, de conformidad a las disposiciones del Código de Comercio y demás Leyes aplicables, con apego a la sanas practicas que propicien la seguridad de dichas operaciones y servicios, y que procuren la adecuada atención de los usuarios;
- f) Realizar el depósito de los contratos de adhesión que utilizan las instituciones sujetas a su supervisión.

En conclusión la Supervisión que realiza la Superintendencia del Sistema Financiero se refiere solamente a la vigilancia continua sobre el cumplimiento de las normas correspondientes, sin más facultades que le

permitan atacar los problemas que afectan a las personas por la libertad de establecer condiciones que tienen los bancos.

Otra entidad que se encarga de fiscalizar la actuación de las entidades financieras bancarias es Defensoría del Consumidor y en ése sentido, las funciones que desempeña ésta institución son las siguientes: La vigilancia de los derechos del consumidor relacionados con el sector financiero desde tres perspectivas:

1. La protección de los intereses económicos y sociales del consumidor, lo que implica que los intereses de los contratos de compraventa a plazos, mutuos y créditos de cualquier clase, se calculen sobre la base del año calendario y bajo el sistema de saldos diarios (Art. 12 LPC);
2. El cumplimiento de las obligaciones especiales de los proveedores de servicios financieros, lo que implica vigilar que tales proveedores de servicios financieros no incurran en las prohibiciones especiales que la Ley les establece y que los proveedores depositen en sus correspondientes organismos fiscalizadores los contratos que utilizan con clientes (Arts. 19,20 y 22 LPC);
3. El cumplimiento de las obligaciones de permitir el acceso al consumidor a su historial crediticio y hacer las correcciones que fueren necesarias, así como a no proporcionar información a terceros sin la autorización del consumidor.

Hay aspectos importantes que valen la pena rescatar y hacer énfasis dentro de las funciones que le corresponden a Defensoría del Consumidor, haciendo primeramente ciertas consideraciones, la Ley de Protección al Consumidor en su Art. 17 establece lo que se debe entender por cláusula

abusivas y que se tendrán por no escritas; entre las atribuciones antes mencionadas se establece la de vigilar que los proveedores depositen en sus correspondientes organismos fiscalizadores los contratos que utilizan con clientes. Respecto a ésta atribución se desarrolla en el Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor, del Art. 4 al 12 el procedimiento de revisión de los contratos de Adhesión, el cuál entre sus cláusulas puede contener algunas consideradas como abusivas, pero ésta revisión se hace cuando Protección al Consumidor cree que hay de acuerdo a los parámetros que se establecen en el Art. 22 de la Ley en mención, pero no dice nada de un procedimiento especial para determinar si una cláusula es abusiva o no, solamente se guían por los parámetros establecidos en el Art. 22 de la Ley y no dice nada de darle audiencia a la parte contratante para que muestre sus argumentaciones, solamente es válida cuando la Institución así lo considere, por lo que lo único que le quedaría al usuario es la vía judicial, si es que puede intentarse, pero para esto los ciudadanos deberían de estar informados en primer lugar de sus derechos, sobre contratos de adhesión, específicamente contrato de Apertura a Crédito Rotativo, y la determinación de una cláusula abusiva; pero en un informe emitido por Protección al Consumidor se pone de manifiesto que los consumidores no denuncias las practicas abusivas de las entidades financieras por falta de una cultura de reclamo y de desconocimiento de sus derechos por parte del consumidor; es decir las personas no se preocupan por saber o conocer más profundamente sobre una determinada cosa y de ahí es que devienen abusos, en una relación de acreditado acreditante, el consumidor se encuentra en una situación de desventaja por lo que debe de protegerse.

1.8 MARCO DOCTRINARIO – JURÍDICO

En lo referente a la legislación aplicable al tema **“Cláusulas abusivas en el Contrato de Apertura de Crédito (Tarjeta de Crédito)”** se debe en primer lugar, valorar las disposiciones que se encuentran en la base del sistema normativo: la Constitución, para posteriormente estudiar su desarrollo en la legislación secundaria.

La Constitución en su artículo 23¹⁶ dispone que *“Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes...”*, ésta libertad puede verse reflejada en las diversas formas que establecen las leyes para contratar y en el surgimiento de nuevas formas aun no reguladas como la emisión de tarjetas de crédito. Pero la emisión de tarjetas de crédito no es un contrato atípico, pues a pesar de no existir una ley específica, puede ubicarse dentro del contrato denominado *“Apertura de Créditos”* y posee un apartado en el Código de Comercio titulado de la misma forma.

El Código de Comercio¹⁷ establece en su Artículo 1105 que *“Por la apertura de crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que él mismo haga uso del crédito concedido en la forma convenida, obligándose a su vez el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que*

¹⁶ Artículo 23.- *“Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes. Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento. En cuanto a las que no tengan esa libre administración, la ley determinará los casos en que puedan hacerlo y los requisitos exigibles”*, Constitución de la República de El Salvador

¹⁷ Decreto Legislativo No. 671, de fecha 8 de mayo de 1970, publicado en el Diario Oficial No. 140, Tomo 228 de fecha 31 de julio de 1970.

disponga, o el importe de la obligación que contrajo, y a pagarle los intereses, gastos y comisiones que se hubieren estipulado”.

Se ubica dentro de este tipo de contrato por las siguientes consideraciones¹⁸:

1. El emisor otorga un crédito al titular, ya obligándose a pagar a los terceros proveedores los consumos que aquel 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.
2. El titular se obliga a pagar por tales servicios un precio en dinero y a reembolsar sus consumos, y
3. El crédito se renueva periódicamente, siempre que el usuario cumpla periodo a periodo con su obligación de pagar el precio y de restituir.

Por su parte, el contrato de tarjeta de crédito es aquel negocio jurídico formal y complejo, de crédito, plurilateral, de constitución sucesiva simple, integrado por adhesión y de cumplimiento continuado, diferido y/o periódico¹⁹.

Materialmente la tarjeta de crédito consiste en una pieza de plástico, cuyas dimensiones y características generales han adquirido absoluta uniformidad, por virtualidad del uso y de la necesidad técnica. Es un mero elemento de identificación. No es un contrato sino el efecto de un contrato.

¹⁸ WAYAR, Ernesto C., “Tarjeta De Crédito y defensa del usuario”..., Pág.120.

¹⁹ WAYAR, Ernesto C., “Tarjeta De Crédito y defensa del usuario”..., Pág. 14.

La tarjeta se emite por la entidad emisora en cumplimiento de un contrato celebrado previamente con el cliente

El valor de la tarjeta esta dado por sus múltiples funciones:

1) FUNCIÓN IDENTIFICATORIA

La tarjeta reúne los datos básicos con los que la empresa que explota un sistema de tarjeta identifica a sus clientes tenedores de tarjeta. Solo con esos datos el sistema puede operar, aún sin existir materialmente la tarjeta, como se da en los casos de sistemas de venta telefónica, por correo, por catálogo publicitario²⁰, etc.

2) FUNCION OPERATIVA

Se evidencia primariamente en la forma que opera un sistema de tarjeta de crédito y está asociada a la función identificatoria. Mediante la tarjeta, el usuario y el comerciante adherido al sistema se reconocen, llevan a cabo las operaciones deseadas, se emiten los cupones que cursan la operación a través del sistema, etc.

Simultáneamente la función operativa ofrece seguridad y comodidad al usuario, pues al operar con la misma evita la necesidad de transportar sumas de dinero, es fuente de recursos en casos de necesidad inminente o imprevista como accidentes, enfermedades, viajes, le permite mantener fácilmente un registro de gastos, permite acumular los pagos en una fecha

²⁰ www.monografias.com/trabajos/tarjetacred/tarjetacred.shtml, consultada el 20 de marzo de 2009 a las 5:45 pm.

única, etc. Asimismo es relevante para el establecimiento pues favorece el incremento de ventas y ofrecimiento de facilidades, entre otras ventajas²¹.

3) FUNCIÓN SIMBÓLICA

Es muy importante para explicar su razón de ser y su éxito comercial. Esta función está ligada al aspecto psicológico de las personas y se relaciona con la necesidad de diferenciarse de los demás y con el atractivo del poder. Esta cuestión del sentido de pertenencia a un círculo selecto con personas con un elevado nivel de ingresos, aunque en los últimos años las empresas de tarjetas y bancos han lanzado una ofensiva comercial sobre los sectores medios y medios bajos, masificando y democratizando el uso de las mismas en un nivel bastante considerable, a partir de una flexibilización de los requisitos de obtención de tarjetas.

Con respecto al tema del sentimiento de poder que origina, esta idea se relaciona con que la tarjeta permite separar lógicamente y cronológicamente el acto de adquirir del acto de pagar. Al respecto debemos decir que no estamos ante un medio de pago sino ante una modalidad de pago, pues la tarjeta no paga por sí sino que permite cursar el pago en dinero a través del sistema de tarjeta de crédito²².

Cuando se trata del sistema de tarjeta de crédito existe una entidad emisora que al tiempo de emitir la tarjeta es necesario que haya integrado al

²¹ www.monografias.com/trabajos/tarjetacred/tarjetacred.shtml, consultada el 20 de marzo de 2009 a las 5:45 pm.

²² www.monografias.com/trabajos/tarjetacred/tarjetacred.shtml, consultada el 20 de marzo de 2009 a las 5:45 pm.

sistema un número adecuado de proveedores de bienes y de servicios que atiendan los requerimientos de los usuarios²³.

La participación y existencia de una serie de relaciones da como resultado distintos tipos contractuales de carácter autónomo que deben coexistir para lograr la finalidad por la cual se han llevado a cabo.

Es posible advertir entonces que, por lo menos son tres las especies de relaciones jurídicas que se establecen entre los distintos sujetos que intervienen, a saber²⁴:

- a) Entre la entidad emisora y los usuarios
- b) Entre la entidad emisora y los proveedores
- c) Entre los usuarios y los proveedores

Es muy importante referirse a la entidad emisora que puede ser un Banco, pues dentro de las operaciones que pueden efectuar se encuentra la de *“emitir tarjetas de crédito”* (Artículo 51, literal p, Ley de Bancos).

Banco puede definirse según el Artículo 2 de la Ley de Bancos como *“aquellas instituciones que actúan de manera habitual en el mercado financiero, haciendo llamamiento al público para obtener fondos a través de depósitos, la emisión y colocación de títulos valores o cualquier otra operación pasiva, quedando obligados directamente a cubrir el principal, intereses y otros accesorios, para su colocación en el público en operaciones activas”*

²³ WAYAR, Ernesto C., Tarjeta De Crédito y defensa del usuario..., Pág. 9

²⁴ WAYAR, Ernesto C., Tarjeta De Crédito y defensa del usuario..., Pág. 11

El Banco es una entidad financiera cuyo origen puede ser privado o estatal, que se dedican a las llamadas operaciones bancarias. El negocio de los bancos consiste, esencialmente, en recibir en custodia dinero del público e invertirlo en provecho de la institución; además, hacen algunas otras operaciones que constituyan servicios prestados a su clientela²⁵.

Para operar deben cumplir determinados requisitos establecidos por la ley, y así lo dispone el Artículo 20 de la Ley de Bancos: *“La Superintendencia acordará autorizar a una entidad para que funcione como banco e inicie sus operaciones una vez cumplidos los requisitos exigidos en [la] Ley, se hayan verificado los controles y procedimientos internos de la entidad y haya sido inscrita su escritura social en el Registro de Comercio”*

Cuando en la disposición anterior se menciona *“La Superintendencia”* se refiere a la Superintendencia del Sistema Financiero, quien según el Artículo 3 de su ley orgánica²⁶, posee las siguientes atribuciones:

- a) Cumplir y hacer cumplir las Leyes, Reglamentos y demás disposiciones legales aplicables al Banco Central y demás entidades sujetas a su vigilancia;
- b) Dictar las normas, dentro de las facultades que expresamente le confieren las leyes, para el funcionamiento de las Instituciones bajo su control;
- c) Autorizar la constitución, funcionamiento y cierre de los Bancos, Asociaciones de Ahorro y Préstamo, Instituciones de Seguros y demás entidades que las leyes señalan;

²⁵ LARA VELADO, Roberto, “Introducción al Estudio del Derecho Mercantil”, Segunda Edición, Editorial Universitaria de El Salvador, San Salvador, El Salvador. año 1972, Pág. 213

²⁶ Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero, Decreto Legislativo No. 628, de fecha 22 de noviembre de 1990, publicado en el Diario Oficial No. 278, Tomo 309 de fecha 10 de diciembre de 1990.

- d) Vigilar y fiscalizar las operaciones de las Instituciones que se mencionan posteriormente.
- e) Las demás funciones de inspección y vigilancia que le corresponden de acuerdo a las leyes.

La Superintendencia según el Artículo 2 de su ley orgánica tendrá como finalidad principal vigilar el cumplimiento de las disposiciones aplicables a las Instituciones sujetas a su control y le corresponderá la fiscalización del Banco Central, de los Bancos Comerciales, de las Asociaciones de Ahorro y Préstamo, de las Instituciones de Seguro, de las Bolsas de Valores y Mercancías, de la Financiera Nacional de la Vivienda, del Fondo Social para la Vivienda, del Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos, del Instituto de Previsión Social de la Fuerza Armada, del Banco de Fomento Agropecuario, del Banco Nacional de Fomento Industrial, del Banco Hipotecario de El Salvador, de la Federación de Cajas de Crédito, del Fondo de Financiamiento y Garantía para la Pequeña Empresa, del Instituto Salvadoreño del Seguro Social; y en general, de las demás entidades que en el futuro señalen las leyes.

La Superintendencia del Sistema Financiero ejerce una vigilancia preventiva para la protección de los intereses del público, y puede imponer multas a las entidades sujetas a la fiscalización o funcionarios de las instituciones fiscalizadas que incurran en infracciones a las leyes, pero estas sanciones son de carácter meramente administrativas, por lo que se considera que no se le han otorgado facultades a la Superintendencia para que su intervención sea mayor en las actividades bancarias o una vía judicial efectiva para que no se lleven a cabo abusos a los usuarios de los servicios que prestan los bancos, dentro de ellas la adquisición de una tarjeta de crédito y las cláusulas que son introducidas en estos contratos.

Según lo establecen las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, corresponde a los gobiernos formular y mantener una política de protección al consumidor, tomando en cuenta el derecho de los consumidores de tener acceso a productos seguros, así como la importancia de promover un desarrollo económico y social justo, equitativo y la protección del medio ambiente²⁷.

El artículo 101 de la Constitución²⁸ establece que el Estado fomentará los diversos sectores de la producción y defenderá el interés de los consumidores, siendo la base constitucional para la defensa de los consumidores en El Salvador y que se desarrolla en la Ley de Protección al Consumidor y con la creación de la Defensoría del Consumidor.

La Ley de Protección al Consumidor protege al consumidor, principalmente en lo referente a contratos de adhesión, en los cuales el consumidor no negocia, sino que solo puede estar de acuerdo o renunciar a la contratación.

El consumidor tiene derecho a estar protegido contra actos que afecten sus derechos, tales como el envío o cobro de productos o servicios no solicitados, por ejemplo: una tarjeta de crédito o un seguro. Es por ello

²⁷ Considerando II de la Ley de Protección al Consumidor, Decreto Legislativo No. 776, de fecha 31 de agosto de 2005, publicado en el Diario Oficial No. 166, Tomo 368 de fecha 8 de septiembre de 2005.

²⁸ Artículo 101.- *“El orden económico debe responder esencialmente a principios de justicia social, que tiendan a asegurar a todos los habitantes del país una existencia digna del ser humano. El Estado promoverá el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción, la productividad y la racional utilización de los recursos. Con igual finalidad, fomentará los diversos sectores de la producción y defenderá el interés de los consumidores”* Constitución de la Republica de El Salvador

que el objeto de la Ley es proteger los derechos de los consumidores a fin de procurar el equilibrio, certeza y seguridad jurídica en sus relaciones con los proveedores.

Relacionados con el tema en estudio, dentro de los Derechos básicos de los consumidores según el Artículo 4 de la Ley de Protección al Consumidor se encuentran:

- a) Recibir del proveedor la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna que determine las características de los productos y servicios a adquirir, así como también de los riesgos o efectos secundarios, si los hubiere; y de las condiciones de la contratación;
- b) Ser educado e informado en materia de consumo
- c) La libertad de elección y trato igualitario en similares circunstancias, sin discriminación o abuso de ninguna clase;
- d) Acceso a los órganos administrativos establecidos para ventilar los reclamos por violaciones a sus derechos, mediante un proceso simple, breve y gratuito;
- e) Ser protegidos de prácticas abusivas y de la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos;
- f) Lectura completa y explicaciones de todas las obligaciones y condiciones estipuladas en el contrato y sus anexos, a las cuales se comprometen cumplir las partes.

Especial atención merece el literal e al mencionar que los consumidores tienen derecho a ser protegidos de la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos; referente a estas cláusulas puede decirse que son aquellas estipulaciones que, en contra de las exigencias de la buena fe,

causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, tales como²⁹:

- a) Exonerar, atenuar o limitar la responsabilidad de los proveedores en relación a los daños causados por el consumo o uso de los bienes o servicios prestados;
- b) Permitir al proveedor modificar unilateralmente en perjuicio del consumidor las condiciones y términos del contrato, o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones;
- c) Desnaturalizar las obligaciones derivadas de la contratación a cargo de los proveedores;
- d) Renunciar anticipadamente a los derechos que la ley reconoce a los consumidores o que, de alguna manera limiten su ejercicio o amplíen los derechos de la otra parte;
- e) Invertir la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
- f) Establecer la prórroga del contrato sin la voluntad del consumidor;
- g) Estipular cargos por pago anticipado, salvo que se trate de proveedores de servicios financieros, en cuyo caso se implicará lo establecido en el Art. 19, literal m de la Ley de Protección al Consumidor.
- h) Imponer cualquier medio alternativo de solución de controversias en los contratos de adhesión.

El carácter abusivo de una cláusula se evaluará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, las circunstancias que concurren en el momento de su celebración y las demás cláusulas del mismo o de otro del que éste dependa. Se tendrán por no escritas las

²⁹ Artículo 17 de la Ley de Protección al Consumidor.

cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se determine el carácter abusivo³⁰.

En cuanto a las prohibiciones para los proveedores de servicios financieros, la Ley establece en su Artículo 20 que prohíbe a proveedores de servicios de crédito, bursátiles o servicios financieros en general, incurrir en las siguientes conductas:

- a) Imponer directa o indirectamente al consumidor, la designación del notario que documentará el servicio proveído o el crédito que se le otorgue, así como la determinación de la compañía con la que ha de contratar los seguros exigidos como condición del crédito;
- b) Aplicar pagos o utilizar garantías para otras obligaciones a cargo del consumidor cuando no correspondan a las pactadas previamente en el contrato, o que el consumidor no haya autorizado posteriormente;
- c) Emitir tarjetas de crédito u otros productos financieros que el consumidor no haya solicitado, salvo las tarjetas de crédito que se emitan en concepto de renovación periódica;
- d) Efectuar cargos por servicios o productos no solicitados o aceptados expresamente por el consumidor; y
- e) Cobrar comisiones o recargos por manejo de cuentas de ahorro, salvo que el saldo de las mismas sea menor al mínimo establecido para aperturarla.

El contrato de emisión de Tarjeta de crédito generalmente es un contrato de adhesión, en donde el usuario no discute las condiciones del

³⁰ Artículo 17 de la Ley de Protección al Consumidor.

contrato sino que simplemente tiene la opción de aceptarlas o rechazarlas en su caso.

Este tipo de contrato es en el cual se debe de brindar una mayor protección a los consumidores, pues pueden ser objeto de abusos, en nuestro caso particular, por parte de las entidades emisoras de tarjetas de crédito.

Así se ha considerado también en la Ley de Protección al Consumidor porque establece que *“en el caso de los contratos de adhesión y sus anexos, redactados en formularios impresos mediante cualquier procedimiento, deberán ser escritos en términos claros, en idioma castellano, impresos con caracteres legibles a simple vista y en ningún caso podrán contener remisiones a textos o documentos que no se entregan al consumidor, previa o simultáneamente a la celebración del contrato, salvo que la remisión sea a cualquier ley de la República. De todo contrato y sus anexos deberá entregarse copia al consumidor.*

*Los formularios estarán a disposición de los consumidores, quienes tendrán derecho a conocerlos antes de suscribirlos, para lo cual los proveedores deberán facilitar su obtención mediante impresos o cualquier otro medio...”*³¹.

Acerca de las condiciones generales que debe cumplir todo contrato de Adhesión el Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor³² los enumera en detalle de la siguiente manera³³:

³¹ Artículo 22 de la Ley de Protección al Consumidor.

³² Decreto Ejecutivo No. 52, de fecha 12 de mayo de 2006, publicado en el Diario Oficial No. 88, Tomo 371 de fecha 16 de mayo de 2006.

- a) Deberán ser redactados en términos claros, especificando esencialmente: la naturaleza del contrato al que las partes se comprometen; el objeto y finalidad del mismo; las especificaciones sobre el bien o servicio que se contrata; el plazo del contrato; el precio, tasas o tarifas; la facturación y forma de pago; la forma en que el consumidor puede hacer sus reclamos; los derechos y obligaciones de las partes y las formas de terminación;
- b) Deberán ser redactados en idioma castellano;
- c) Deberán estar escritos con caracteres legibles a simple vista, para lo cual el tamaño de la letra no podrá ser menor de 10 puntos;
- d) No deberán contener referencias o remisiones a textos o documentos que no se le faciliten al consumidor de manera previa o simultánea a la celebración del contrato, salvo la remisión a leyes de la República;
- e) No deberán contener renunciaciones a derechos que las leyes reconocen al consumidor;
- f) Deberán agruparse en cuerpos distintos del contrato, tanto los derechos del consumidor como del proveedor, al igual que las obligaciones de ambos, y todas las especificaciones referidas al costo, incluyendo además del precio, tasa o tarifa, otros costos o cargos vinculados a la operación, tales como comisiones, recargos o seguros, que hayan sido condición para contratar;
- g) No deberán contener ninguna cláusula que pueda calificarse como abusiva, conforme al artículo 17 de la Ley de Protección al Consumidor;

³³ Artículo 4 del Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor.

- h) Deberán hacerse constar los documentos de obligación que suscriba el consumidor en relación al contrato, tales como letras de cambio o pagarés;
- i) Deberá establecerse en el contrato o en documento anexo que se entregue, previa o simultáneamente al consumidor, la garantía del bien o servicio prestado con todos los requisitos estipulados en el artículo 33 de la Ley de Protección al Consumidor;
- j) Deberá especificarse el tratamiento que se dará a los casos de fecha de vencimiento de pago en día no hábil; y
- k) La firma o firmas que correspondan.

El Artículo 12 del Reglamento de la Ley de Protección al consumidor nos detalla los pasos que se siguen para la revisión de los formularios del contrato. En primer lugar los proveedores de servicios financieros los depositarán en la entidad encargada de su fiscalización y vigilancia en dos ejemplares impresos. Además, se remitirán en formato electrónico o según lo requiera la entidad fiscalizadora.

La entidad que presenta los formularios debe pedir expresamente el depósito a la entidad fiscalizadora, mediante solicitud firmada por quien ejerza la representación legal de la misma.

Las entidades fiscalizadoras deberán hacer del conocimiento de la Defensoría que les han sido presentados los formularios para revisión y remitirle una copia de los mismos a más tardar en el término de dos días posteriores a su recepción.

La Defensoría y la entidad fiscalizadora designarán al personal responsable para llevar a cabo la revisión de manera conjunta. De los

resultados de la misma se levantará un acta, cuyo contenido será notificado por la institución en que se hizo el depósito dentro del término que señala la ley, habilitando a los proveedores para la utilización de los formularios, en caso que no hubiere observaciones.

Si se hicieren observaciones, se notificarán al proveedor para que se pronuncie al respecto dentro del término de cinco días contados a partir del día siguiente a la notificación. Consideradas las argumentaciones del mismo, se le notificarán las observaciones que persistan para que dentro del término de quince días contados a partir del día siguiente a la notificación realice las correcciones indicadas. Una vez incorporadas, deberán remitir el formulario a la entidad fiscalizadora para su constatación, la que lo hará del conocimiento de la Defensoría. Si transcurrido dicho plazo el proveedor no subsana las observaciones realizadas, se tendrá por concluido el trámite de revisión y el proveedor no podrá utilizar tales formularios, ni ningún otro que no haya sido revisado por la Defensoría conforme a la Ley.

El Artículo 11 del Reglamento de la Ley de Protección al consumidor establece que si en la revisión de los contratos se advirtiere la existencia de cláusulas que se consideren abusivas conforme a la ley, notificará tal circunstancia al proveedor para que se pronuncie al respecto dentro del término de cinco días contados a partir del día siguiente a la notificación.

Si consideradas las argumentaciones del proveedor se establece que las cláusulas tienen el carácter de abusivas, se le prevendrá que subsane tal circunstancia dentro del término de quince días contados a partir del siguiente a la notificación. Si la prevención no fuere cumplida, se prohibirá el uso de los formularios y se procederá al retiro de los mismos, sin perjuicio de

la posibilidad que el Presidente de la Defensoría inicie un procedimiento sancionatorio para imponer la sanción o sanciones que correspondan.

1.9 ENUNCIADO DE HIPÓTESIS

En el breve estudio que se ha realizado hasta el momento sobre nuestro tema de investigación se ha logrado identificar determinados problemas, para los cuales se han planteado probables respuestas, que se someterán posteriormente a comprobación a través de la investigación; y esto es lo que constituye el enunciado de hipótesis que se dividen en general y específicas, las cuales se detallan a continuación:

1.9.1 Hipótesis General

- El predominio del libre mercado sobre el Estado facilita la introducción de cláusulas abusivas en el contrato de Apertura de Crédito (Tarjeta de Crédito)

1.9.2 Hipótesis Específicas

- La falta de mecanismos efectivos de control facilita la introducción de cláusulas abusivas en el Contrato de Apertura de Crédito (Tarjeta de Crédito)
- La imposibilidad de invocación en la vía jurisdiccional produce que las instituciones bancarias no supriman del contrato de Apertura de Crédito (Tarjeta de Crédito) las cláusulas abusivas.

1.10 DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS

ACTIVIDAD BANCARIA: Son las operaciones o negocios que realizan las instituciones denominadas Bancos, que se clasifican en operaciones activas u operaciones de crédito y operaciones pasivas.

APERTURA DE CRÉDITO: Es un contrato bilateral, mediante el cual una de las partes, que se denomina acreditante, se compromete a conceder un crédito a la otra, que se denomina acreditado, hasta por una cantidad determinada o determinable; el acreditado puede hacer uso del crédito prometido, de una sola vez, mediante una distribución predeterminada o conforme a sus necesidades³⁴.

BANCO: Entidad financiera cuyo origen puede ser privado o estatal, debidamente autorizado por la ley, que actúa de manera habitual en el mercado financiero, haciendo llamamientos al público para obtener fondos a través de depósitos, emisión y colocación de títulos valores o cualquier operación pasiva, para su colocación en operaciones activas, tales como préstamos, inversiones o depósitos en otros bancos³⁵.

CLÁUSULAS ABUSIVAS: Aquellas estipulaciones que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes³⁶.

COMISIÓN: Valor cobrado por la prestación de un servicio bancario³⁷.

³⁴ LARA VELADO, Roberto, Introducción al estudio del Derecho Mercantil..., Pág.215

³⁵ Superintendencia del Sistema Financiero, Glosario para el usuario de servicios bancarios, Boletín.

³⁶ Artículo 17 de la Ley de Protección al Consumidor.

CONTRATO: Contrato es una convención en virtud de la cual una o más personas se obligan para con otra u otras, o recíprocamente, a dar, hacer o no hacer alguna cosa³⁸.

CONTRATO DE ADHESIÓN: Son aquellos que se redactan por una de las partes, teniendo la otra únicamente la alternativa de suscribirlos en la forma en que han sido formulados, o abstenerse de contratar³⁹.

CRÉDITO: Financiamiento otorgado por el banco a un solicitante, con la promesa de este de pagarlo posteriormente⁴⁰; es decir, que es un préstamo de dinero que el banco otorga a su cliente, con el compromiso de que en el futuro, el cliente devolverá dicho préstamo en forma gradual (cuotas) y con un interés adicional que compensa al banco por todo el tiempo que no tuvo ese dinero.

DERECHO BANCARIO: Es el conjunto normativo, jurisprudencial y doctrinal que regula la estructura y funcionamiento de las Entidades de Crédito bancarias o entidades de depósito, así como las operaciones realizadas con el público en general, incluidos sus clientes, y con otras Entidades de Crédito. Además de la banca oficial y privada, el Derecho bancario se aplica a las cajas de ahorro y a las cooperativas de crédito. Se

³⁷ Superintendencia del Sistema Financiero, Glosario para el usuario de servicios bancarios, Boletín sin fecha.

³⁸ Artículo 1309 del Código Civil, Decreto Ley, Sin número, de fecha 23 de agosto de 1859.

³⁹ LARA VELADO, Roberto, Introducción al estudio del Derecho Mercantil..., Pág.202

⁴⁰ Superintendencia del Sistema Financiero, Glosario para el usuario de servicios bancarios, Boletín sin fecha.

integra, fundamentalmente, por normas de Derecho administrativo, mercantil, civil y fiscal. En este sentido, cabe distinguir entre un Derecho público bancario (relativo a las normas constitucionales, administrativas y fiscales), y un Derecho privado bancario (referente a las normas civiles y mercantiles). Es una parte del Derecho de las Entidades de Crédito, que se dedica a regular no sólo las Entidades de Crédito bancarias, sino también las Entidades de Crédito no bancarias o Entidades de Crédito de ámbito operativo limitado (como las entidades de financiación, las sociedades de crédito hipotecario y otras)⁴¹.

EMISOR: Es la entidad financiera, comercial o bancaria que emite tarjetas de crédito, o que hace efectivo el pago⁴².

INTERÉS: Es el costo que se paga por un préstamo, o el rendimiento que se recibe por los depósitos de ahorro⁴³.

OPERACIONES ACTIVAS: Son aquellas que tienen por objeto invertir el dinero que el banco ha recogido del público. Se trata de operaciones de crédito, respaldadas por garantías de toda índole, cuyos plazos deben regularse en tal forma que el banco pueda contar con una relativa seguridad de poder hacerle frente oportunamente, a las demandas de retiro de dinero de parte de la clientela que lo ha confiado a su custodia⁴⁴.

⁴¹ www.Angelfire.com/de2/dro1/Concepto_de_Derecho_Bancario.Pdf, consultada el 19 de Mayo del 2009 a las 4:56 pm.

⁴² WAYAR, Ernesto C., Tarjeta De Crédito y defensa del usuario..., Pág. 83.

⁴³ Superintendencia del Sistema Financiero, Glosario para el usuario de servicios bancarios, Boletín

⁴⁴ LARA VELADO, Roberto, Introducción al estudio del Derecho Mercantil..., Pág.213

OPERACIONES PASIVAS: Son aquellas mediante las cuales, los bancos reciben dinero del público, destinado a ser invertido mediante las operaciones activas antes referidas⁴⁵.

PROVEEDOR O COMERCIO ADHERIDO: Es aquel que en virtud del contrato celebrado con el emisor, proporciona bienes, obras o servicios al usuario aceptando percibir el importe mediante el sistema de tarjeta de crédito⁴⁶.

SISTEMA DE TARJETA DE CRÉDITO: Conjunto complejo y ordenado de contratos individuales conexos, orientado al logro de una finalidad común⁴⁷.

SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO: Es una institución integrada al Banco Central de Reserva de El Salvador, que contará con autonomía en lo administrativo, presupuestario y en el ejercicio de las atribuciones que le confiere la Ley; y tendrá como finalidad principal vigilar y fiscalizar las instituciones sujeta a su control⁴⁸.

SUPERVISION DE INSTITUCIONES FINANCIERAS: Es la evaluación y exigencia del cumplimiento de las instituciones financieras con las leyes, reglamentos y otras normas que pretenden asegurar que dichas instituciones operen de manera sólida y segura, y que mantengan capital y reservas

⁴⁵ LARA VELADO, Roberto, Introducción al estudio del Derecho Mercantil..., Pág.214

⁴⁶ WAYAR, Ernesto C., “Tarjeta de Crédito y defensa del usuario”..., Pág. 305

⁴⁷ WAYAR, Ernesto C., “Tarjeta de Crédito y defensa del usuario”..., Pág. 24

⁴⁸ Artículo 1, Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero.

suficientes para dar soporte a los riesgos que surjan en sus negocios. En El Salvador es ejercida por la Superintendencia del Sistema Financiero⁴⁹.

TARJETA DE CRÉDITO: Tarjeta que indica que al titular de la misma le ha sido otorgada una línea de crédito. Permite al titular realizar compras y/o extraer efectivo hasta un límite previamente acordado⁵⁰.

TITULAR: Es aquel que esta 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 mismo⁵¹.

⁴⁹ Superintendencia del Sistema Financiero, Glosario para el usuario de servicios bancarios, Boletín sin fecha.

⁵⁰ Superintendencia del Sistema Financiero, Glosario para el usuario de servicios bancarios, Boletín si fecha.

⁵¹ WAYAR, Ernesto C., “Tarjeta de Crédito y defensa del usuario”..., Pág. 59

CAPITULO DOS

EL SISTEMA FINANCIERO EN EL SALVADOR

SUMARIO: 2.1 Exordio; 2.2 Definición; 2.3 Estructura; 2.3.1 Superintendencia de Pensiones, 2.3.1.1 Organización, 2.3.1.2 Finalidad, 2.3.1.3 Instituciones que la integran, 2.3.1.4 Actividad Contralora; 2.3.2 Superintendencia de Valores, 2.3.2.1 Organización, 2.3.2.2 Finalidad, 2.3.2.3 Instituciones que la integran, 2.3.2.4 Actividad Contralora; 2.3.3 Superintendencia del Sistema Financiero, 2.3.3.1 Organización, 2.3.3.2 Finalidad, 2.3.3.3. Actividad Contralora, 2.3.3.4 Instituciones que la integran, 2.3.3.4.1 Conglomerados Financieros Autorizados, 2.3.3.4.2 Oficinas de Información de Entidades Extranjeras sin Autorización para captar depósitos al Público, 2.3.3.4.3 Entidades autorizadas para operar como sociedades de Seguros y Fianzas, 2.3.3.4.4 Bancos Cooperativos y Sociedades de Ahorro y Crédito, 2.3.3.4.5 Entidades del Sistema de Garantía Recíproca, 2.3.3.4.6. Instituciones Públicas de Crédito, 2.3.3.4.7 Entidades Autorizadas para operar como Casa de Cambio, 2.3.3.4.8. Entidades en proceso de disolución y liquidación, 2.3.3.4.9. Entidades Autorizadas para captar depósitos del Público, 2.3.3.4.9.1 Los Bancos.

2.1 EXORDIO

En el presente capítulo se abordará la temática del Sistema Financiero en El Salvador, se empezará definiendo lo que se debe entender por Sistema Financiero, para luego poder explicar su estructura.

Posteriormente se profundizará en cada una de las entidades que forman parte del Sistema Financiero, es decir, la Superintendencia de Pensiones, la Superintendencia de Valores, y la Superintendencia del Sistema Financiero, tomando en cuenta los aspectos relevantes de cada una de estas como son su organización, finalidad, funciones y/o atribuciones, las entidades sobre las que ejercen control y vigilancia, y la actividad controladora respecto de las entidades sobre las que ejercen control.

En este capítulo se ha dado un especial trato al tema de la Superintendencia del Sistema Financiero por ser la entidad que se encarga de la fiscalización y vigilancia de los bancos, quienes dentro de sus operaciones pueden emitir tarjetas de crédito.

Finalmente, dentro del tema de los bancos se abordara su definición, forma de organización y clasificación.

2.2 DEFINICIÓN

Antes de introducirnos al estudio de un determinado tema, es necesario definir el concepto principal, por lo que a continuación se procederá a definir lo que se debe de entender por Sistema Financiero.

“Es la estructura institucional bajo la cuál funciona y se sustentan todas las operaciones financieras pasivas de un país” Diccionario de Conceptos y Términos Bancarios⁵².

“Conjunto de intermediarios, mercados e instrumentos que enlazan las decisiones de ahorro con las de gasto, esto es, que transfieren renta desde unidades excedentarias hasta las deficitarias. Es por lo tanto, el conjunto de fuerzas de oferta y demanda de ahorro, así como los canales e instrumentos, jurídicos y económicos, humanos, materiales y técnicos, a través de los

⁵² RIVERA CASTRO, Manuel, “Diccionario de Conceptos y Términos Bancarios, una visión de la nueva Banca”, Editorial LIS, San Salvador, El Salvador, año 2005, Pág. 144. Es una definición muy escueta de lo que se debe de entender por Sistema Financiero, definiéndola más que todo como un conjunto de Instituciones financieras.

cuales se potencia el ahorro y se permite un equilibrio eficiente entre tales fuerzas” Aquiles Antonio Delgado B. ⁵³.

Una definición muy interesante es la siguiente: *“El sistema financiero se define como el conjunto de instituciones cuyo objetivo es canalizar el excedente que generan las unidades de gasto con superávit para encauzarlos hacia las unidades que tienen déficit”*⁵⁴.

Esta última definición explica el funcionamiento del Sistema Financiero al establecer que está compuesto por un conjunto de Instituciones que tienen como finalidad canalizar⁵⁵ los recursos de las unidades económicas que poseen superávit, es decir excedente de ahorro, hasta las unidades que son deficitarias, es decir, que no poseen dicho excedente y tienen que requerir a otros mecanismos para satisfacer sus necesidades.

Son los intermediarios financieros los que se encargan de canalizar éstos recursos, a través de la captación de ellos, recurriendo para tal efecto a los inversionistas, en donde dichas entidades realizan actividades pasivas para su patrimonio, y teniendo esto, se encargan de colocarlos en el público, poniendo a disposición de las personas, los recursos canalizados; para que dicha actividad se lleve a cabo, es necesario que actúen todo un conjunto de

⁵³ DELGADO B., Aquiles Antonio, “Derecho Bancario Salvadoreño”..., Pág.111. Es una definición más amplia, pero no explica en sí el funcionamiento del Sistema Financiero en un país.

⁵⁴ <http://www.monografias.com/trabajos/sistfinanciero/sistfinanciero.shtml>, visitada el día 3 de septiembre de 2009.

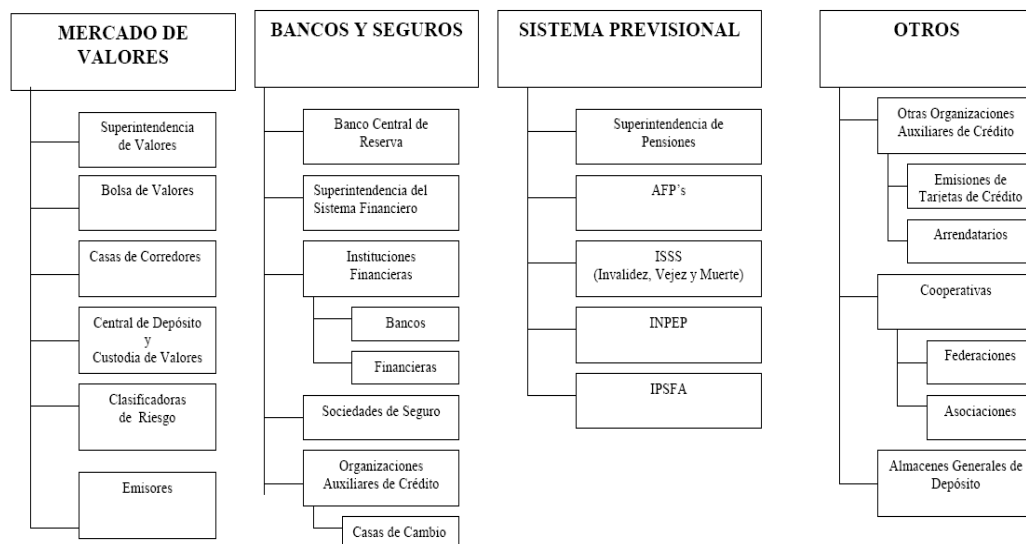
⁵⁵ La importancia de canalizar los recursos radica en la necesidad de interconectar a los ahorradores (Ej. familias) e inversores (Ej. empresas), esto es, las unidades que tienen superávit de ahorro con déficit, y que no hay coincidencia entre las mismas; y en los deseos de los ahorradores no suelen coincidir con los de los inversores respecto al grado de liquidez, seguridad y rentabilidad de los activos emitidos. De aquí la necesidad de superponer diversos mercados que permitan ajustar las necesidades y preferencias de ahorradores e inversores.

Instituciones que intervengan en éste proceso, que van desde empresas inversionistas, aseguradoras, casas de cambio, cooperativas, etc., hasta entes fiscalizadores de dicha actividad, conformando todos ellos, el Sistema Financiero.

2.3 ESTRUCTURA

El Sistema Financiero en El Salvador esta compuesto por el Sistema de Pensiones, el Sistema de Valores y el Sistema Financiero propiamente dicho, cada uno de estos Sistemas se encuentra vigilado y fiscalizado por la Superintendencia de Pensiones, la Superintendencia de Valores y la Superintendencia del Sistema Financiero respectivamente.

Estructura del Sistema Financiero de El Salvador



Para efectos de este trabajo se tratarán únicamente la Superintendencia de Valores y la Superintendencia del Sistema Financiero propiamente dicho, por su vinculación directa con el trabajo de investigación.

2.3.1 Superintendencia de Valores

La Superintendencia de Valores es una entidad pública del Ministerio de Economía con personalidad jurídica, patrimonio propio, y con autonomía administrativa y presupuestaria cuya función principal es vigilar el cumplimiento de las disposiciones legales aplicables a las entidades sujetas a su control debiendo facilitar el desarrollo del mercado de valores, velando siempre por los intereses del público inversionista, mediante las directrices que le señale la ley⁵⁶.

La Superintendencia de Valores se rige principalmente mediante la siguiente normativa legal:

- a) Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores
- b) Ley del Mercado de Valores⁵⁷
- c) Código de Comercio en aquellas disposiciones que le son aplicables

⁵⁶ Art. 1.- *“La Superintendencia de Valores es una institución de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, de carácter técnico, con autonomía administrativa y presupuestaria para el ejercicio de las atribuciones y deberes que se estipulan en la presente Ley, en la Ley del Mercado de Valores y en las demás disposiciones legales aplicables”*. Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores, Decreto Legislativo N° 806 de Fecha 11/09/1996, publicado en el Diario Oficial N° 186, Tomo 333 de fecha 04/10/1996.

⁵⁷ Decreto Legislativo N° 809, de Fecha 16/02/1994, Publicado en el Diario Oficial N° 73, Tomo 323 de fecha 21/04/1994.

2.3.1.1 Organización

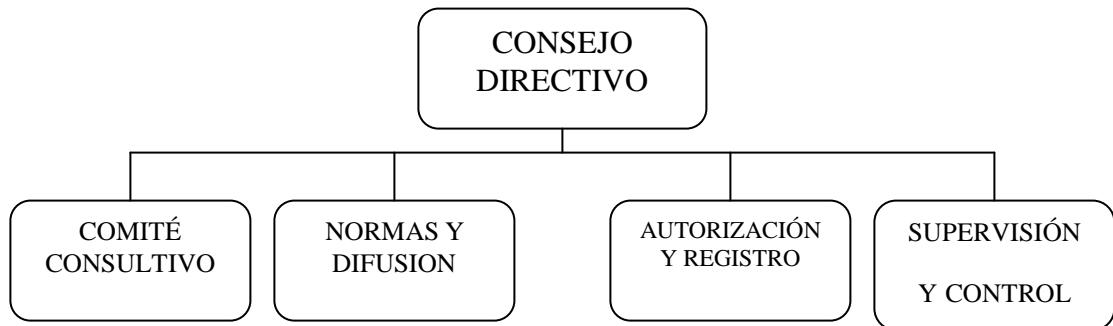
La Superintendencia de Valores cuenta con un Consejo Directivo, el cual es la principal oficina dentro de la Superintendencia, a quien corresponde crear las políticas y establecer criterios congruentes con el equilibrio que debe existir entre la protección de los inversionistas y del público en general; y el desarrollo dinámico y ordenado del mercado de valores.

El Consejo Directivo se encuentra conformado por:

- a) Un Superintendente nombrado por el Consejo de Ministros a propuesta del Presidente de la República, quien será el presidente del Consejo;
- b) Un director nombrado por el Banco Central;
- c) Un director nombrado por el Ministerio de Economía;
- d) Un director nombrado de una terna propuesta por la gremial con la máxima representación de la empresa privada; y
- e) Un director nombrado de las ternas propuestas por el sector profesional⁵⁸.

La estructura de la Superintendencia de Valores se puede ver en el siguiente esquema:

58 En este ultimo caso cada una de las siguientes asociaciones propondrá una terna: Colegio de Profesionales en Ciencias Económicas, Asociación Salvadoreña de Profesionales en Administración de Empresas, Consejo de Vigilancia de la Contaduría Pública y Auditoría y Federación de Asociaciones de Abogados de El Salvador.



El Comité Consultivo es una parte importante dentro de la estructura de la Superintendencia de Valores, porque es la única dentro de la estructura que es reconocida por la Ley Orgánica. Esta integrada por representantes de la Bolsa de Valores, Asociación de Casas de Corredores de Bolsa (ACABOLSA), Almacenadoras de Depósito, Asociación Salvadoreña de Industriales (ASI), Cámara de Comercio de El Salvador y otras entidades relacionadas, con la finalidad de mantener comunicación constante y coordinación en medidas que promuevan el desarrollo del mercado bursátil.

Además de los anteriores Comités, la Superintendencia de Valores cuenta dentro de su estructura interna con las siguientes unidades de apoyo: el Departamento Jurídico, el Departamento de Informática, el Departamento de Administración, el Departamento de Auditoría Interna y el Departamento de Comunicaciones.

2.3.1.2 Finalidad

La Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores no es precisa en cuanto a su articulado en señalar cuales son las funciones de la Institución, tanto el artículo 4 como el artículo 5 de la mencionada Ley, desarrolla en

ambos las funciones de la Superintendencia, esto podría prestarse a confusión, sin embargo la diferencia estriba en que el artículo 4 se refiere a las funciones de la superintendencia en cuanto a su finalidad, mientras el artículo 5 esta referido al ámbito de competencia.

Se empezara entonces por hacer un breve análisis al Artículo 4 de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores⁵⁹, es decir, al que se refiere a las funciones de la Superintendencia en cuanto a su finalidad, y estas son:

- a) Fiscalizar, vigilar y controlar a las entidades sujetas a fiscalización, para tal efecto, puede requerir y examinar toda la documentación relacionada que estime necesaria; realizar arqueos y cualquier otro tipo de comprobaciones contables, auditorías de sistemas y verificaciones de otra índole y, requerir de las personas naturales, sociedades o entidades, los dictámenes o la información que considere necesaria disponiendo lo pertinente dentro del ejercicio de sus facultades legales, salvo las excepciones autorizadas por la Superintendencia, todos los libros, archivos y documentos de la entidades o personas fiscalizadas deben permanentemente disponibles para su examen en la sede principal de sus negocios;
- b) Establecer la forma en que deberán llevar la contabilidad lo entes fiscalizados, y los criterios para consolidar las operaciones y estados financieros de los mismos, y aprobar los respectivos catálogos de cuentas de cada entidad fiscalizada;
- c) Imponer las sanciones correspondientes, de conformidad a los procedimientos establecidos en esta Ley;

⁵⁹ El Artículo desarrolla un total de dieciséis funciones, separadas por literales, los cuales no se analizaran a profundidad por no ser el objetivo de este apartado sino únicamente se mencionaran algunas de ellas.

- d) Autorizar, suspender o cancelar la oferta pública de valores y de funcionamiento de personas naturales, sociedades o entidades participantes en el mercado bursátil, de conformidad a lo establecido en la Ley del Mercado de Valores y en esta Ley;
- e) Establecer criterios técnicos para determinar los actos y operaciones que se consideren contrarios a los usos bursátiles o sanas prácticas del mercado;

En ese orden de ideas se puede afirmar que la función en cuanto a su finalidad, es la de ser un ente controlador⁶⁰ y vigilante de las entidades sujetas a su control, esto último mediante su papel como fiscalizador, velando por los intereses de los inversionistas.

En cuanto a sus funciones según el ámbito de competencia, se encuentran desarrolladas en el Artículo 5 de la Ley de la Superintendencia de Valores:

- a) Establecer mecanismos y sistemas de actualización, divulgación y capacitación, en materia de mercado de valores;
- b) Adoptar medidas orientadas a facilitar el desarrollo de un mercado de valores de largo plazo;
- c) Crear y mantener el Sistema de Estadística Nacional de Valores;
- d) Hacer publicaciones sobre el mercado de valores;
- e) Establecer la forma en que deberán suministrar la información al público los entes contemplados en el artículo 3 de esta Ley, con el

⁶⁰ El término *controlador* puede tener distintas acepciones, en este caso es necesario tomar en cuenta las funciones a que se refiere el Artículo 4 de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores, de ahí se puede deducir que su papel controlador está referido a que la Superintendencia controla el Registro, operaciones de las entidades que vigila, autorización de actividades de las entidades que vigila, etc.

- propósito de velar por la transparencia del mercado de valores, propiciando con ello que los precios reflejen la situación del mercado;
- f) Propiciar la autorregulación de los entes fiscalizados, dentro del ordenamiento jurídico vigente;
 - g) Propiciar la integración de los mercados de valores;
 - h) Mantener relación constante con organismos estatales y privados que, con sus actividades, incidan en el desarrollo del mercado de valores, a efecto de coordinar las diversas políticas de dicho mercado;
- y
- i) Gestionar ante otras autoridades el desarrollo del mercado de valores.

Estas funciones permiten llegar a la conclusión que la Superintendencia debe ser facilitador del desarrollo del mercado de valores, tanto institucional como normativamente, velando siempre por los intereses del público inversionista, adoptando políticas, mecanismos y medidas que le permiten lograr este fin.

Los mecanismos están referidos a las normativas de las cuales Superintendencia se vale para el buen desarrollo del Mercado de Valores, mientras que las medidas están referidas a los medios de seguridad establecidos por las distintas normativas.

2.3.1.3 Instituciones que la integran

Las instituciones que están bajo el control de la Superintendencia de Valores, según el Artículo 3 de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores son:

Las bolsas de valores, las casas de corredores de bolsa, los almacenes generales de depósito, las sociedades especializadas en el depósito y custodia de valores, las sociedades clasificadoras de riesgo, las instituciones que presten servicios de carácter auxiliar al mercado bursátil y, las demás entidades que en el futuro señalen las leyes. Adicionalmente inspeccionar y vigilar a los emisores asentados en el Registro Público Bursátil solo respecto de las obligaciones que les impone la Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y la Ley de Mercado de Valores y vigilar la labor de los auditores externos asentados en el Registro Público Bursátil.

2.3.1.4 Actividad Contralora

El alcance del papel controlador permite a la Superintendencia la imposición de sanciones a las entidades que controla, todo ello mediante un procedimiento administrativo contemplado a partir del Artículo 36 al 65 de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores.

En cuanto a su actividad como ente controlador, la Superintendencia debe actuar siempre bajo las facultades reconocidas en el Artículo 4 de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores, además de otras reconocidas en normas jurídicas vinculadas a su función controladora.

Asimismo, y tomando en cuenta su función fiscalizadora, se encuentra en la facultad de imponer sanciones a aquellas instituciones que fiscaliza y vigila, todo ello mediante el procedimiento administrativo señalado en la Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores en sus capítulos VI referido a la

fiscalización del registro público bursátil; Capítulo VII, referido a las infracciones y sanciones; y capítulo VIII, Referido a los procedimientos y recursos.

2.3.2 Superintendencia del Sistema Financiero

El 30 de noviembre de 1990⁶¹, la Asamblea Legislativa creó a la Superintendencia del Sistema Financiero como una entidad de carácter autónomo en el ejercicio de las atribuciones que le confiere su Ley Orgánica, y lo hizo a través de emitir la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero, la cuál la definió como una Institución integrada al Banco Central de Reserva de El Salvador, con autonomía en lo administrativo, presupuestario y en el ejercicio de las atribuciones que la ley le confiere.

La Superintendencia del Sistema Financiero fue creada justo cuando la tendencia internacional era que los entes supervisores no debían seguir siendo dependientes de los bancos centrales. El Salvador se adhirió a esa tendencia, aunque en otros países, el ente supervisor del sistema financiero continúa siendo dependiente del Banco Central.

⁶¹ www.ssf.gob.sv/frm_publicaciones/pub_articulos_origenes.htm, consultada el día 23 de agosto de 2009.

2.3.2.1 Organización

La Superintendencia está integrada por un Consejo Directivo, por el Superintendente del Sistema Financiero, por los intendentes y demás funcionarios y empleados⁶².

EL Consejo Directivo estará formado por un Superintendente⁶³ nombrado por el Consejo de Ministros a propuesta del Presidente de la República, será el Presidente del Consejo y tendrá las atribuciones⁶⁴ que se detallan a continuación:

- a) *Dirigir la Superintendencia;*
- b) *Ejecutar los acuerdos y resoluciones del Consejo;*
- c) *Proponer al Consejo, para su aprobación, las normas que estime necesarias para el desarrollo de las labores de fiscalización y vigilancia de la Superintendencia;*
- ch) *Fiscalizar y vigilar⁶⁵ las operaciones del Banco Central de Reserva de El Salvador y demás integrantes del Sistema Financiero, utilizando las normas y procedimientos de auditoría generalmente aceptados y certificar los Estados Financieros del Banco Central cuando se estime que razonablemente representen la situación financiera del Banco;*

⁶² Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero, Art. 4

⁶³ Art. 18: “*Para ser Superintendente se requiere ser salvadoreño, mayor de treinta y cinco años de edad, de reconocida honorabilidad y probidad, con conocimientos amplios en las materias relacionadas con las atribuciones que le competen al cargo*”. Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero.

⁶⁴ Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero, Art. 21

⁶⁵ La fiscalización y vigilancia es la principal función que debe cumplir la Superintendencia porque de esta forma podrá dar cumplimiento a las demás atribuciones que le confiere la Ley como la de imponer sanciones a quienes incurran en alguna infracción.

- d) *Vigilar las emisiones en especies monetarias y, en particular, las operaciones de impresión, acuñación, emisión, canje, retiro, cancelación, desmonetización, destrucción y custodia de las especies;*
- e) *Velar por el cumplimiento de las disposiciones aplicables a las Instituciones sujetas al control de la Superintendencia, vigilando su solvencia y liquidez, el nivel de encajes, reservas, provisiones y la corrección de sus operaciones;*
- f) *Requerir a las entidades sometidas al control de la Superintendencia, cuando fuere necesario y dentro del límite de las funciones que le confiere la Ley, los datos informes o documentos sobre sus operaciones y disponer la información que sobre sus activos, pasivos y resultados deberán darse a conocer al público;*
La Superintendencia deberá editar un boletín estadístico por lo menos, dos veces al año, que contenga información detallada de cada entidad financiera sometida a su control;
- g) *Realizar cuando lo creyere conveniente y sin previo aviso, inspecciones completas en los Bancos y demás integrantes del Sistema Financiero; utilizando las normas y procedimientos de auditoría generalmente aceptados, todo ello sin alterar en forma sustancial el desenvolvimiento normal de sus actividades; asimismo podrá practicar las inspecciones, revisiones y cualesquiera otras diligencias necesarias para el cumplimiento de la Ley;*
- h) *Vigilar la labor de los auditores externos e internos en relación con las entidades sujetas a su fiscalización, de acuerdo a las normas dictadas por el Consejo;*
- i) *Comunicar a las Instituciones bajo su control, las irregularidades o infracciones que notare en sus operaciones:*

Cuando no se tomaren las medidas que fueren adecuadas para subsanar las faltas, se procederá de conformidad a las disposiciones legales pertinentes;

j) Aplicar las sanciones⁶⁶ correspondientes de conformidad a las leyes;

k) Nombrar y remover al personal⁶⁷ de la Superintendencia;

l) Presentar al Consejo, informe sobre los resultados de la inspección y fiscalización del Banco Central, sus dependencias y demás Instituciones sujetas a su control;

m) Presentar al Consejo el proyecto de Presupuesto Anual y Régimen de Salarios de la Superintendencia y sus modificaciones, para su aprobación; y

n) Ejercer las demás funciones de vigilancia, inspección y fiscalización que le correspondan de acuerdo con las leyes y demás disposiciones aplicables.

Además del Superintendente el Consejo también estará integrado por otros miembros que representen a diversos sectores, los cuales son el Banco Central, el Ministerio de Hacienda, Ministerio de Economía y la Corte Suprema de Justicia, aportando un miembro cada uno de ellos⁶⁸ y completando la cantidad de ocho miembros entre propietarios y suplentes.

⁶⁶ La sanción que la Superintendencia aplica es la de multa según la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero y de la cual se detallara mas adelante en cuanto a la forma de imposición y su valor.

⁶⁷ Art. 23: “*El personal de la Superintendencia se regirá por las disposiciones de un Reglamento Interno de trabajo aprobado por el Consejo*” Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero.

⁶⁸ Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero, Art. 5

El Superintendente para cumplir eficientemente sus funciones contara con el apoyo de las intendencias⁶⁹ que estarán a cargo de los Intendentes⁷⁰, a quienes puede delegarles algunas de sus funciones o puede también encargárselas a otros funcionarios que él determine.

2.3.2.2 Finalidad

La finalidad de la Superintendencia del Sistema Financiero consiste en supervisar el cumplimiento de las leyes que se aplican a las instituciones fiscalizadas por ella. Las normas aplicables pretenden asegurar que dichas instituciones operen de manera sólida y segura, y que mantengan capital y reservas suficientes para dar soporte a los riesgos que surjan en sus negocios, manteniendo de esa forma la confianza y estabilidad en el sistema financiero del país.

La vigilancia que realiza la Superintendencia es de carácter preventiva⁷¹ y es el mejor recurso con que cuenta el Estado para la supervisión de las instituciones y la protección de los intereses del público.

⁶⁹ Art 17 inciso segundo: “*Para el cumplimiento de las funciones encomendadas al Superintendente, se contará con Intendencias que estarán a cargo de los funcionarios que él designe. El Reglamento Interno de la Superintendencia determinará sus funciones y atribuciones*”. Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero.

⁷⁰ Art.22 inciso primero: “*El Superintendente podrá delegar algunas de sus facultades en los Intendentes y demás funcionarios que él determine*”. Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero.

⁷¹ La vigilancia que ejerce la Superintendencia es preventiva porque en el caso de los Bancos supervisa su actividad desde el inicio de sus operaciones, su funcionamiento y hasta el cierre para evitar infracciones a la ley, es decir que se enfoca en tomar medidas anticipadas.

El Art. 3 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero establece cuáles son las atribuciones⁷² de ésta Institución:

- a) Cumplir y hacer cumplir las Leyes, Reglamentos y demás disposiciones legales aplicables al Banco Central y demás entidades sujetas a su vigilancia;
- b) Dictar las normas, dentro de las facultades que expresamente le confieren las leyes, para el funcionamiento de las Instituciones bajo su control;
- c) Autorizar la constitución, funcionamiento y cierre de los Bancos, Asociaciones de Ahorro y Préstamo, Instituciones de Seguros y demás entidades que las leyes señalan;
- ch) Vigilar y fiscalizar las operaciones de las Instituciones sujetas a su control
- d) Las demás funciones de inspección y vigilancia que le corresponden de acuerdo a las leyes.

2.3.2.3 Actividad Contralora

La Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero, le confiere a dicha Institución, la facultad fiscalizadora, es decir, la facultad de vigilar el fiel cumplimiento de las disposiciones legales que regulen la actividad financiera a la que se dedique una determinada entidad, así como investigar que ésta actividad se cumpla, pudiendo requerir en cualquier momento a la entidad, cualquier evidencia que le facilite corroborar su fiel cumplimiento en cuanto a las operaciones que realizan.

⁷² Además de las enumeradas, a la Superintendencia también le corresponde brindar información al público usuario de los servicios financieros prestados por las entidades supervisadas y aplicar sanciones como último recurso a los infractores.

Las principales herramientas que emplea la Superintendencia para ejecutar la fiscalización de las entidades supervisadas son las leyes⁷³ y el conjunto de normas técnicas (prudenciales y contables) emitidas por la Superintendencia. También se cuenta con manuales de auditoría, los cuales contienen programas y procedimientos de trabajo por cada una de las áreas supervisadas.

Las auditorías se realizan al interior y al exterior de las entidades fiscalizadas. Con las primeras se revisan los riesgos⁷⁴ que puedan tener las entidades y con las segundas se monitorea la información financiera que remiten para planificar auditorías internas.

La Superintendencia podrá utilizar todos los medios que estime convenientes para examinar el negocio, libros, bienes, cuentas, archivos, documentos y correspondencia de las Instituciones sujetas a su control, pudiendo además requerir de sus Administradores o personal, todos los antecedentes y explicaciones que sean necesarias para esclarecer cualquier punto que les interese para lograr su objetivo⁷⁵.

Si desea profundizar sobre un punto que considere que posiblemente se esté actuando contrario a lo estipulado en la Ley, la Superintendencia en virtud de la facultad investigativa que se le confiere, podrá citar o tomar

⁷³ Dentro de estas leyes se encuentra la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero, Ley de Bancos, Ley de Sociedades de Seguros, Ley de Intermediarios Financieros no Bancarios, Ley contra el lavado de dinero, Ley de Integración Monetaria y otras.

⁷⁴ Los riesgos que pueden tener las entidades fiscalizadas son operacional, legal, de crédito, de gestión y de liquidez.

⁷⁵ Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero, Art. 31.

declaración a cualquier persona que tenga conocimiento de algún hecho que se requiera aclarar en alguna operación de la institución financiera que esté fiscalizando.

En cuanto a los Bancos, además se establece que cada vez que éstos otorguen a una misma persona, sea natural o jurídica, créditos que excedan al tres por ciento de su capital pagado y reservas, deberán informar dicha situación a la Superintendencia del Sistema Financiero, con indicación de las garantías que se han dado para asegurar la obligación.

Junto a la función fiscalizadora posee también una función sancionadora, porque si la Superintendencia del Sistema Financiero comprueba que la entidad sujeta a fiscalización ha incurrido en una infracción a la Ley, podrá imponer las sanciones respectivas que la Ley indique, siendo ésta la multa⁷⁶, y dependerá su proporción a la gravedad de la infracción, pero si en otra normativa que los rige, se estipula otra sanción, podrá imponerse de igual manera.

Para la imposición de multa, la Ley Orgánica del Sistema Financiero en su Art. 47, establece un procedimiento, siendo el siguiente:

El Superintendente, de oficio o por denuncia, iniciará el juicio respectivo, oyendo al presunto infractor por el término de diez días hábiles, contados a partir del día siguiente de la notificación respectiva; en éste momento pueden suceder dos cosas:

⁷⁶Art. 37: “Las entidades sujetas a la fiscalización de la Superintendencia que incurran en infracciones a las Leyes, Reglamentos, Estatutos y demás normas que las rijan o les sean aplicables o en el incumplimiento de las instrucciones u órdenes que les imparta aquella dentro de sus facultades legales, estarán sujetas a la imposición de multas hasta del dos por ciento sobre el capital y reservas de capital sin perjuicio de las sanciones establecidas específicamente en otros cuerpos legales o reglamentarios”. Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero.

- a) Que comparezca.
- b) Que no comparezca.

Si no comparece se le declarará rebelde, y seguirá el proceso, y si interviene, deberá de integrarse a él, en el estado en que se encuentre. En cualquiera de los dos casos antes mencionados, se abrirá el juicio a prueba por el término de quince días con calidad de todos los cargos.

Luego viene el emplazamiento y si el presunto infractor, tuviere domicilio conocido, el emplazamiento se le hará personalmente, y si esto no fuere posible por cualquier medio, en el mismo acto se dejará una esquila que contendrá la resolución cuya notificación se pretende.

Si la razón de no emplazar al presunto infractor fuere porque se desconoce su domicilio, el emplazamiento y demás notificaciones se le harán:

- a) En la dirección que tuviere registrada en la Institución a que pertenece o en la Superintendencia;
- b) Si no tuviere domicilio conocido ni tampoco dirección registrada en las Instituciones mencionadas anteriormente; la notificación se hará por una sola vez en el Diario Oficial y en un periódico de circulación nacional⁷⁷.

Vencido el término de prueba, el Superintendente dentro del término de ocho días, dictará la resolución que corresponda.

⁷⁷ Art. 47 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero.

Si el infractor no estuviere conforme con la resolución pronunciada por el Superintendente, se podrá interponer primeramente “**Recurso de Rectificación**”, que deberá presentarse en el término de quince días, contados a partir del día siguiente de la notificación de la resolución. La interposición se deberá hacer por escrito y en éste deberá de alegarse los puntos de inconformidad del recurrente. Si existieren nulidades de procedimientos, éstas deberán alegarse en el mismo escrito, pero éstas se tratarán de conformidad al Código de Procedimientos Civiles.

Recibida la solicitud, el Superintendente dictará dentro de tercero día, la providencia en la que decidirá sobre la admisibilidad del recurso y admitido éste, tendrá el efecto suspensivo de los efectos del fallo emitido y decidirá lo que corresponda⁷⁸.

Si de la decisión definitiva no estuviere conforme el infractor, éste podrá en un segundo momento interponer el recurso de Apelación.

El término para apelar será de ocho días hábiles, contados a partir del día siguiente de la notificación de la resolución respectiva, y se interpondrá por escrito para ante el Consejo Directivo.

Recibido el escrito de apelación, el Superintendente resolverá dentro de tercero día sobre la admisibilidad del recurso y si fuere admitido, remitirá el informativo al Consejo, dentro de los tres días hábiles siguientes, previa notificación al recurrente.

⁷⁸ Art. 48 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero.

El apelante, dentro de los ocho días de notificada la admisión del recurso, se mostrará parte ante el Consejo, alegando sus derechos y ofreciendo o presentando las pruebas del caso. Si el apelante solicitare la apertura a prueba, se concederá por el término de cuatro días con todos cargos.

Transcurridos los plazos anteriores, haya o no hecho uso de ellos el recurrente, se pronunciará la resolución pertinente, devolviéndose el informativo al Superintendente con la resolución y certificación de la misma, previa notificación al interesado. De las resoluciones dictadas por el Consejo, no se admitirá recurso alguno.

Contra la providencia que deniegue la admisión del recurso de apelación, procederá el recurso de hecho para ante el Consejo, el cual será tramitado conforme a las reglas del derecho común en lo que no contraríen las disposiciones de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero⁷⁹.

2.3.2.4. Instituciones que la Integran

Es de mucha importancia conocer las instituciones que son vigiladas y controladas por la Superintendencia del Sistema Financiero, y se encuentran en la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero, así como en la Ley que rige a cada entidad, y ellas son:

⁷⁹ Art. 50 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero.

2.3.2.4.1 Conglomerados Financieros Autorizados.

El Artículo 113 de la Ley de Bancos define al conglomerado financiero como el conjunto de sociedades, caracterizado por el hecho de que más de un cincuenta por ciento de sus respectivos capitales accionarias, es propiedad de una sociedad controladora⁸⁰, que también forma parte del conglomerado y en nuestro país éstas son⁸¹:

a) Conglomerado Financiero Inversiones Financieras CITI: Inversiones Financieras Citibank, S.A; AFP Confía S.A; Aval Card S.A de C.V; Acciones y Valores S.A de C.V; Banco Citibank de El Salvador S.A; Leasing Cuscatlán, S.A de C.V; Corfinge S.A de C.V; Tarjetas de Oro S.A de C.V; Factoraje Cuscatlán S.A de C.V; Valores Cuscatlán S.A de C.V; Remesas Familiares Cuscatlán S.A de C.V.

b) Conglomerado Financiero Banagrícola: Inversiones Financieras Banco Agrícola S.A; AFP Crecer S.A; Aseguradora Suiza Salvadoreña S.A; ASESUIZA VIDA S.A. Seguros de Personas; Banco Agrícola S.A; Credibac, S.A de C.V; Bursabac S.A de C.V; Arrendadora Financiera S.A.

80 La sociedad controladora de un conglomerado financiero podrá ser una sociedad cuya finalidad exclusiva será la inversión en más del 50% de los capitales accionarios de un conjunto de sociedades que conforman el conglomerado financiero. La sociedad controladora también podrá ser un banco constituido en el país, al que se podrá hacer referencia como banco controlador. La denominación de la sociedad controladora deberá contener la expresión “Inversiones Financieras”, seguida de un nombre que la identifique con el banco del conglomerado. Así, algunos de los conglomerados autorizados por la Superintendencia del Sistema Financiero (SSF) para operar se han denominado “Inversiones Financieras Banco Agrícola”, o “Inversiones Financieras Promérica”, para citar ejemplos. La Superintendencia del Sistema Financiero se encarga también de fiscalizar a dichas sociedades, como se puede observar cuando se requiere que a la sociedad controladora que deberá solicitar autorización a la SSF para invertir en una sociedad que se encuentre operando en nuestro país.

81 EL DIARIO DE HOY, “Tasas de interés, Comisiones, Recargos y Cargos por cuentas de terceros” publicación de fecha 15 de agosto de 2009. Se hace una clasificación para agrupar el gran número de Conglomerados financieros que existen en el país atendiendo al Banco al que pertenecen.

c) Conglomerado Financiero Scotiabank El Salvador: Inversiones Financieras Scotiabank El Salvador S.A; Scotia Seguros S.A; Scotiabank El Salvador S.A; Scotia Soluciones Financieras S.A; Scotia Inversiones S.A de C.V; Scotia Servicredit S.A de C.V; Scotia Facto – Leasing, S.A de C.V; Bancomercio de El Salvador, Inc.; Bancomercio de El Salvador, Inc. Estado de Nueva York.

d) Conglomerado Financiero Corporación Excelencia: Inversiones Financieras HSBC, S.A; HSBC Vida Salvadoreño S.A Seguros de Personas; HSBC Seguro Salvadoreño S.A; Banco HSBC Salvadoreño S.A; Factoraje HSBC Salvadoreño S.A de C.V; HSBC Valores Salvadoreños S.A de C.V; Almacenadora HSBC Salvadoreña S.A; Bancosal Inc.

e) Conglomerado Financiero CITIBANK S.A: Citibank N.A, Sucursal El Salvador; Citi Inversiones S.A de C.V; Citi Valores de El Salvador S.A de C.V.

f) Conglomerado Financiero G&T Continental: Banco G&T Continental El Salvador S.A; G&T Continental S.A de C.V.

g) Conglomerado Financiero Inversiones Financieras Promérica: Inversiones Financieras Promérica, S.A; Banco Promérica S.A.

h) Conglomerado Financiero Grupo Financiero Credomatic: Inversiones Financieras Banco de América Central S.A; Banco de América Central S.A; Credomatic de El Salvador S.A de C.V;

Inversiones Bursátiles Credomatic S.A de C.V; Bac Leasing S.A de C.V.

2.3.2.4.2 Oficinas de Información de Entidades Extranjeras sin Autorización para captar Depósitos del Público.

Constituyen oficinas de representación de Instituciones financieras, debidamente acreditadas, que tiene la facultad de colocar créditos, pero no de realizar operaciones de captación de depósitos⁸² las cuales se mencionan a continuación:

Banco Internacional de Costa Rica, S.A (BICSA), Banco General, S.A., Banco Industrial, S.A de Guatemala.

2.3.2.4.3 Entidades Autorizadas para operar como Sociedades de Seguros y Fianzas⁸³:

Son entidades privadas, que tienen como característica principal, que se dedican a asumir riesgos por cuenta de sus clientes, cobrando una prestación, a la cuál se le denomina prima. Su importancia radica en que su actividad aseguradora desempeña la tarea financiera de distribuir capitales,

⁸² SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO, Publicación, Pág. 9. Estas entidades proporcionan información sobre la Institución que representan y se encargan de colocar recursos a través de realizar transacciones, es decir, se deposita una cierta cantidad para que pueda ser pagado en el país de origen de la Institución Financiera que representa en el País, o en nuestro País. Se utiliza mucho para la realización de compraventas o transacciones en que es difícil que se traiga una suma de dinero muy alta.

⁸³ Estas entidades se encuentran reguladas en la Ley de Sociedades de Seguros, Decreto Legislativo N 844 de fecha 10/10/96, publicado en el Diario Oficial N 207, Tomo 333 de fecha 04/11/96.

al motivar que un elevado número de unidades patrimoniales puedan ser afectadas por las pérdidas provenientes de los siniestros, siendo éstas⁸⁴:

Aseguradora Agrícola Comercial, S.A.; Aseguradora Popular, S.A.; Aseguradora Suiza Salvadoreña, S.A.; Scotia Seguros, S.A.; HSBC Seguros Salvadoreños S.A.; La Central de Seguros y Fianzas, S.A.; La Centro Americana, S.A.; Pan American Life Insurance Company (Sucursal El Salvador).; Seguros del Pacífico, S.A.; Seguros e Inversiones, S.A.; AIG Unión y Desarrollo, S.A; Seguros Fuuros, A.C de R.L; Aseguradora Mundial S.A, Seguros de Personas.; AIG, Seguros de Personas; SISA, VIDA, S.A. Seguros de Personas; HSBC Vida Salvadoreña, S.A, Seguros de Personas; ASESUISA, VIDA, S.A. Seguros de Personas; Quálitas Compañía de Seguros, S.A; Seguros La Hipotecaria, S.A.; Seguros La Hipotecaria Vida, S.A, Seguros de Personas.

2.3.2.4.4 Bancos Cooperativos y Sociedades de Ahorro y Crédito⁸⁵

Estas entidades son reguladas por la Ley de Bancos Cooperativos y Sociedades de Ahorro y Crédito⁸⁶, también se les denomina Intermediarios Financieros no bancarios y son los siguientes:

⁸⁴ EL DIARIO DE HOY, “Tasas de interés, Comisiones, Recargos y Cargos por cuentas de terceros” publicación de fecha 15 de agosto de 2009. La Superintendencia del Sistema Financiero se encarga de fiscalizarlas, porque ofrecen un servicio al público, recaudando dinero por parte de sus asegurados, los cuáles deben de ser administrados conforme a la Ley, además por la naturaleza de su finalidad, deben de cumplir una serie de requisitos legales que deben de ser observadas.

⁸⁵ Antes denominadas “Bancos Cooperativos y Sociedades de Ahorro y Crédito sin autorización para captar depósitos del público”, pero según la reforma que se le hizo a la Ley de Bancos Cooperativos y Sociedades de Ahorro y Crédito por Decreto Legislativo No 693 del 30 de julio del 2008, Publicado en el Diario Oficial No 178, Tomo No 380 del 24 de septiembre de 2008, pueden solicitar autorización a la Superintendencia del Sistema Financiero para captar depósitos del público.

⁸⁶ Decreto Legislativo No. 849, de fecha 16 de febrero de 2000, publicado en el Diario Oficial No. 65, Tomo 346 de fecha 31 de marzo de 2000.

- a) Los bancos cooperativos que comprenden las cooperativas de ahorro y crédito que además de captar dinero de sus socios lo hagan del público y las cooperativas de ahorro y crédito cuando la suma de sus depósitos y aportaciones excedan de seiscientos millones de colones.
- b) Las sociedades de ahorro y crédito.
- c) Las federaciones de Bancos Cooperativos calificadas por la Superintendencia para realizar con sus afiliados las operaciones de intermediación que señala la Ley de Bancos Cooperativos y Sociedades de Ahorro y Crédito.

Los bancos cooperativos dentro de sus operaciones pueden efectuar cobranzas, pagos y transferencias de fondos; conceder todo tipo de préstamos, emitir tarjetas de debito, recibir depósitos en cuenta de ahorro y depósitos a plazo, recibir depósitos a la vista retirables por medio de cheques u otros medios, entre otras⁸⁷.

Las Sociedades de Ahorro y Crédito pueden realizar las mismas operaciones que los Bancos Cooperativos⁸⁸ y le son aplicables muchas de las disposiciones contenidas en la Ley de Bancos.

Las federaciones son sociedades o asociaciones cooperativas, cuyos socios pueden ser Bancos Cooperativos o sociedades de ahorro y crédito respectivamente, y están facultadas para realizar operaciones como conceder préstamos a las cooperativas afiliadas de acuerdo a las normas

⁸⁷ Las operaciones que se han mencionado no son todas las que pueden realizar los Bancos Cooperativos, porque el Artículo 34 de la Ley de Bancos Cooperativos y Sociedades de Ahorro y Crédito las enumera en su totalidad.

⁸⁸ Artículo 158 de la Ley de Bancos Cooperativos y Sociedades de Ahorro y Crédito.

que al efecto dicte, constituirse en garantes de obligaciones asumidas por las cooperativas afiliadas, a solicitud de estas, previa autorización del Órgano Director de la federación, entre otras⁸⁹.

2.3.2.4.5 Entidades del Sistema de Garantía Recíproca.

Las Sociedades de Garantía⁹⁰ se constituirán en forma de Sociedades Anónimas con el fin de otorgar a favor de sus Socios Participes⁹¹, avales fianzas y otras garantías financieras aprobadas por la Superintendencia del Sistema Financiero, además brindaran capacitación , consultoría, asesoría financiera y servicios conexos a la micro, pequeña y mediana empresa.

Son entidades que se encargan de apoyar a los micro y pequeños empresarios, otorgando avales, asesoría para el desarrollo de proyectos de inversión, pre-análisis de crédito, y seguimiento de los proyectos de inversión que reciban créditos a través de las entidades financieras; es decir, apoyarlas a que participen en licitaciones de servicios y obras públicas, ante

⁸⁹ En el Artículo 151 de la Ley de Bancos Cooperativos y Sociedades de Ahorro y Crédito se encuentran todas las operaciones para las que se encuentra facultada una Federación de esta naturaleza.

⁹⁰ Las Sociedades de Garantía de encuentran reguladas por la Ley del Sistema de Garantías Recíprocas para la micro, pequeña y mediana empresa. Decreto Legislativo N° 553, del 20 de septiembre del 2001, publicado en el Diario Oficial N° 199, Tomo 353, del 22 de octubre del 2001.

⁹¹ Los socios de estas entidades pueden ser de dos tipos: Socios Participes y Socios Protectores. Son socios participes las personas naturales o jurídicas que pertenezcan a la micro, pequeña y mediana empresa y que participen en el capital social. Son socios protectores las personas naturales o jurídicas nacionales, extranjeras, públicas o privadas que participen en el capital social de una Sociedad de Garantía.

las entidades gubernamentales⁹², siendo ésta: Garantías y Servicios S.G.R, S.A de C.V⁹³.

2.3.2.4.6 Instituciones Públicas de Crédito:

Son entidades que fueron creadas para una determinada función, es decir, para una finalidad específica que se encuentra determinada⁹⁴ en la Ley que las regula y éstas son:

- a) El Fondo Social para la Vivienda (FSV) es una Institución de Crédito, Autónoma, de Derecho Público, con personalidad jurídica⁹⁵, que tiene por objeto según el Artículo 3 de su Ley *“contribuir a la solución del problema habitacional de los trabajadores, proporcionándoles los medios adecuados para la adquisición de viviendas cómodas, higiénicas y seguras”*.
- b) El Instituto de Previsión Social de la Fuerza Armada (IPSFA)

⁹² En el Artículo 58 de la Ley del Sistema de Garantías Recíprocas para la micro, pequeña y mediana empresa, se encuentran enumeradas en detalle los servicios que pueden prestar y las operaciones que pueden realizar las Sociedades de Garantías.

⁹³ EL DIARIO DE HOY, “Tasas de interés, Comisiones, Recargos y Cargos por cuentas de terceros” publicación de fecha 15 de agosto de 2009. En El Salvador, es la única institución de ésta naturaleza.

⁹⁴ SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO, Publicación, Pág. 10. La Ley que regula a cada institución mencionada en éste apartado, designa el objetivo de creación y funcionamiento de dicha entidad, así como cada actividad es de naturaleza diferente a las demás, teniendo en común que son instituciones de crédito, pero para un destino específico, y que son oficiales.

⁹⁵ Artículo 2.- *“El Fondo Social para la Vivienda es una Institución de Crédito, Autónoma, de Derecho Público, con personalidad jurídica, sin más limitaciones que las que emanen de esta ley y tendrá su domicilio en la ciudad de San Salvador, pudiendo establecer agencias, sucursales y dependencias en cualquier lugar del territorio nacional. En el contexto de esta ley y los reglamentos respectivos el “Fondo Social para la Vivienda” podrá denominarse únicamente el “Fondo”*”. Ley del Fondo Social para la Vivienda, Decreto Legislativo N° 328, de Fecha 17/05/1973, publicado en el Diario Oficial 104, Tomo 239 de fecha 06/06/1973.

- c) El Fondo Nacional de la Vivienda Popular (FONAVIPO) es una institución pública, de crédito, de carácter autónomo, con personería jurídica, patrimonio propio y duración indefinida. El Fondo tiene como objetivo fundamental solucionar su problema de vivienda, y procurar las condiciones más favorables para el financiamiento habitacional de interés social⁹⁶.
- d) El Fondo Solidario para la Familia Microempresaria (FOSOFAMILIA) nace como una Institución autónoma de Derecho Público sin fines de lucro y con personalidad jurídica y patrimonio propio para apoyar a las familias microempresarias que acceden en muy baja proporción a las diferentes líneas de crédito, lo cual no les posibilita obtener un crecimiento real en sus negocios, es por eso que el principal objeto del "FOSOFAMILIA" será el de otorgar créditos y atender las necesidades crediticias de las familias microempresarias y se regirá por las disposiciones de la Ley de Creación del Fondo Solidario para la familia Microempresaria⁹⁷.
- e) El Banco Multisectorial de Inversiones (BMI)⁹⁸ se crea porque es necesario incrementar los recursos a disposición del Sistema Financiero a través de un mecanismo de crédito que facilite el

⁹⁶ Art. 2.- *“El Fondo tiene por objeto fundamental facilitar a las familias salvadoreñas de más bajos ingresos el acceso al crédito que les permita solucionar su problema de vivienda, y procurar las condiciones más favorables para el financiamiento habitacional de interés social. Para los efectos de esta Ley, se entenderán familias de más bajos ingresos, aquellas cuyo ingreso mensual sea inferior o igual al monto de cuatro salarios mínimos del comercio e industria”.* Ley del Fondo Nacional de Vivienda Popular. Decreto Legislativo N° 258 de fecha 28/05/1992, publicado en el Diario Oficial 104, Tomo 315 de fecha 08/06/1992.

⁹⁷Decreto Legislativo N° 627 de fecha 26/05/1999, publicado en el Diario Oficial N° 99, Tomo 343 de fecha 28/05/1999.

⁹⁸ El Banco Multisectorial de Inversiones se rige por la Ley de Creación del Banco Multisectorial de Inversiones. Decreto Legislativo No. 856 de fecha 21 de abril de 1994, publicado en el Diario Oficial No. 98, Tomo 323 de fecha 27 de mayo de 1994.

financiamiento para la inversión a mediano y largo plazo de los diferentes sectores de la economía nacional y especialmente del sector privado, contribuyendo además al aumento de la producción nacional y generar mayor empleo.

- f) El Banco Central de Reserva de El Salvador (BCR) es una institución pública de crédito de carácter autónomo, se regirá por las disposiciones de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva de El Salvador⁹⁹. Se crea según el artículo 3 de su ley Orgánica con el objeto fundamental de *“velar por la estabilidad de la moneda y será su finalidad esencial promover y mantener las condiciones monetarias, cambiarias, crediticias y financieras más favorables para la estabilidad de la economía nacional”*.
- g) Se crea el Instituto de Garantía de Depósitos (IGD) como una institución pública de crédito, autónoma, con personalidad jurídica y patrimonio propio, regulado en la Ley de Bancos a partir del Artículo 153. La principal finalidad del Instituto es garantizar los depósitos de los ahorradores de las Instituciones Miembros (IMI).
- h) El Fondo de Saneamiento y Fortalecimiento Financiero (FOSAFFI) es una Institución Oficial de crédito, se creó mediante Decreto Legislativo No. 627 de fecha 22 de noviembre de 1990, y en cumplimiento a su ley de creación, fue uno de los actores del Programa de Fortalecimiento y Privatización del Sistema Financiero, ejecutando el proceso de saneamiento, fortalecimiento y privatización de los Bancos Comerciales y las Asociaciones de Ahorro y Prestamos. En la actualidad, y en cumplimiento al mandato de la ley sus

⁹⁹ Decreto Legislativo N° 746, del 22 de marzo de 1991, publicado en el Diario Oficial N° 80, Tomo 311, del 3 de mayo de 1991.

actividades se centran específicamente en la recuperación de la cartera de préstamos que recibió de las instituciones saneadas, así como también a la venta de activos extraordinarios que se reciben como producto de los procesos de cobranza¹⁰⁰.

- i) La Corporación Salvadoreña de Inversiones (CORSAIN), es una Institución Autónoma de Fomento e Inversiones, de duración indefinida, con personería jurídica y patrimonio propio, que goza de autonomía en lo económico y administrativo. La Corporación Salvadoreña de Inversiones, es el instrumento del Estado para promover y desarrollar sociedades y empresas dedicadas a la realización de actividades, especialmente: Manufactureras, Agroindustriales, Extractivas Mineras, Pesca e Industrialización de Productos del mar y promoción turística¹⁰¹.

2.3.2.4.7 Entidades Autorizadas para operar como Casa de Cambio.

Se llaman Casas de Cambio a las Sociedades Anónimas autorizadas por el Banco Central de Reserva de El Salvador y fiscalizadas por la Superintendencia del Sistema Financiero, cuya actividad habitual sea la compra y venta de moneda extranjera en billetes, giros bancarios, cheques de viajero y otros instrumentos de pago expresados en divisas, a los precios que determine la oferta y demanda del mercado; su actividad se rige por la

¹⁰⁰ <http://www.fosaffi.gob.sv/>, consultada el día 20 de Septiembre de 2009.

¹⁰¹ http://www.minec.gob.sv/organigrama/CORSAIN_11_10_07.htm, consultada el día 20 de Septiembre de 2009.

Ley de Casas de Cambio y de Moneda Extranjera¹⁰², y entre estas se encuentran:

Corporación Fina de la Nueva Generación, S.A de C.V. (CORFINGE, S.A de C.V); Casa de Cambio Gigante S.A de C.V; Casa de Cambio Puerto Bus, S.A de C.V; LATIN-FAZ Casa de Cambio, S.A de C.V.

2.3.2.4.8 Entidades en proceso de disolución y liquidación.

Son las Sociedades que han dejado de prestar servicios financieros, y que se encuentran liquidando activos para cancelar sus pasivos según lo establecen las disposiciones legales al respecto y actualmente se encuentran en éste estado¹⁰³:

Salvadoreña S.A, Afianzadora; Aseguradora Salvadoreña S.A; Compañía Anglo Salvadoreña de Seguros, S.A.

2.3.2.4.9 Entidades Autorizadas para captar depósitos del Público.

En otras palabras, son los Bancos, porque solamente ellos son los autorizados en captar depósitos del público. Se caracterizan porque su finalidad es la intermediación financiera que se traduce en la captación de

¹⁰² Decreto Legislativo N° 480, del 5 de marzo de 1990, publicado en el Diario Oficial N° 86, Tomo 307, del 6 de abril de 1990.

¹⁰³ EL DIARIO DE HOY, “Tasas de interés, Comisiones, Recargos y Cargos por cuentas de terceros” publicación de fecha 15 de agosto de 2009. Todas las entidades que se mencionan en éste apartado, se encuentran actualmente en estado de liquidación. La Superintendencia del Sistema Financiero fiscaliza éstas entidades, pero en defensa de los intereses de sus clientes.

recursos para ser colocados en el público. Se debe distinguir Bancos Privados, Bancos estatales y sucursales de Bancos extranjeros que están autorizados para captar recursos¹⁰⁴, y éstos son:

- a) Bancos Privados: Banco Agrícola S.A., Scotiabank El Salvador, S.A., Banco de América Central, S.A, Banco Citibank de El Salvador, S.A., Banco Promérica, S.A., Banco HSBC, Salvadoreño, S.A., Banco G&T Continental El Salvador, S.A., Banco ProCrédit, S.A., Banco Azteca El Salvador, S.A.
- b) Bancos Estatales: Banco de Fomento Agropecuario, Banco Hipotecario de El Salvador, S.A.
- c) Sucursales de Bancos Extranjeros: Citibank, N.A, Sucursal El Salvador, First Commercial Bank, Sucursal El Salvador.
- d) Bancos Cooperativos y Sociedades de Ahorro y Crédito: Banco de los Trabajadores y de la Pequeña y Microempresa, S. C de R.L de C.V. BANTPYM, Banco de los Trabajadores Salvadoreños, S.C de R.L de C-V, BTSRL de C.V., Banco Izalqueño de los Trabajadores, Sociedad Cooperativa de R.L de C.V., Primer Banco de los Trabajadores, Sociedad Cooperativa de R.L de C.V., Asociación Cooperativa de Ahorro y Crédito Vicentina de R.L ACOVVI de R.L., Sociedad de Ahorro y Crédito CREDICOMER, S.A-

¹⁰⁴ SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO, Publicación, Pág. 9. Se les conoce como intermediarios Financieros Bancarios.

2.3.2.4.9.1 Los bancos

Los Bancos¹⁰⁵ son instituciones que mediante sus operaciones recogen el circulante o medio efectivo que se encuentra en manos de terceros sin ser utilizado o invertido, para entregarlo a otras personas que lo requieren en su trabajo. Esta intermediación en la colocación de dinero es a simple vista la función primordial de los Bancos, los cuales a través de sus múltiples operaciones y mecanismos, producen innumerables beneficios de tipo social y económico¹⁰⁶.

Para Caraballese¹⁰⁷ banco o banquero teniendo en cuenta los dos elementos de su función: depósito y circulación, se puede considerar como el agente intermediario entre la demanda y la oferta del crédito que con el ejercicio del depósito bancario a fin de emplear los capitales recibidos promueve la circulación bancaria con el propósito de obtener beneficios, constituyéndose de esa manera en deudor hacia la oferta y en acreedor hacia la demanda del crédito.

Siburu¹⁰⁸ considera que banco es toda institución organizada por el ejercicio regular, continuo y coordinado del crédito, con su función mediadora

¹⁰⁵ SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO, “Historia de la Superintendencia del Sistema Financiero”, Segunda Edición Corr. y Aum., San Salvador, 2008, Pág. 5. Los intentos de fundar bancos de circulación (emisión) e hipotecarios datan desde 1867, pero es hasta el año de 1880 cuando comenzó a funcionar el denominado **Banco Internacional**, bajo la figura de banco privado emisor de billetes, marcando el inicio de la Banca Privada de El Salvador con excelentes logros.

¹⁰⁶ URQUILLA, Carlos Humberto, “El Sistema Financiero, su marco legal regulatorio y la Responsabilidad de los Funcionarios Públicos encargados de su control y supervisión”, Universidad Tecnológica de El Salvador, Primera Edición, San Salvador, 1998, Pág. 11

¹⁰⁷ Citado por ACOSTA ROMERO, Miguel, “Nuevo Derecho Bancario, Panorama del Sistema Financiero Mexicano”, Séptima Edición, Editorial Porrúa, México, 1998, Pág. 269

¹⁰⁸ Citado por ACOSTA ROMERO, Miguel, “Nuevo Derecho Bancario, Panorama del Sistema Financiero Mexicano”..., Pág. 269

entre la oferta y la demanda de capitales, mediante operaciones practicadas por profesión.

D'Angelo – Mazzantini¹⁰⁹ considera que Banca es una empresa intermediadora del crédito.

La Ley de Bancos en su Artículo 2 expresa: “... serán bancos aquellas instituciones que actúen de manera habitual en el mercado financiero, haciendo llamamiento al público para obtener fondos a través de depósitos, la emisión y colocación de títulos valores o cualquier otra operación pasiva, quedando obligados directamente a cubrir el principal, intereses y otros accesorios, para su colocación en el público en operaciones activas”.

Se debe entender por banco aquella institución que de manera profesional, masiva y continua actúa en el mercado financiero principalmente como intermediadora del crédito colocando recursos de las áreas en donde existen excedentes a aquellas deficitarias.

En la actualidad las actividades que realiza la banca comprende un amplio aspecto de la actuación humana, es por ello que está sometida a diferentes regulaciones, desde las que normativizan la autorización, funcionamiento, fiscalización, contabilidad; hasta las normas que regulan lo atinente al negocio jurídico bancario.

Tal regulación es necesaria porque los bancos no solo juegan un papel importante en la economía nacional si no que también a nivel

¹⁰⁹ Citado por ACOSTA ROMERO, Miguel, “Nuevo Derecho Bancario, Panorama del Sistema Financiero Mexicano”..., Pág. 269

internacional, haciendo posible una diversidad de transacciones y colaborando al desarrollo de los pueblos porque permite la distribución de capitales, la ejecución de pagos, la circulación de la moneda, regulación del mercado cambiario interno y externo, además es imprescindible para la industria, el comercio y el agro por ser actividades que requieren de créditos.

A la forma en la que se organizan los bancos se refiere el Art. 5 de la Ley de Bancos cuando dice:

“Los bancos constituidos en El Salvador deberán organizarse y operar en forma de sociedades anónimas¹¹⁰ de capital fijo, dividido en acciones nominativas, con no menos de diez socios”.

Para el inicio de sus operaciones¹¹¹ se requiere de la autorización de la Superintendencia del Sistema Financiero, quien la acordará después de que la entidad cumpla una serie de requisitos exigidos por la Ley de Bancos, se hayan verificado los controles y procedimientos internos de la entidad. Además el testimonio de la escritura deberá presentarse a la Superintendencia para que califique si los términos estipulados en el pacto social están conformes a los proyectos previamente autorizados y si el capital social ha sido efectivamente integrado de acuerdo a la autorización.

Si después de verificar todos estos requisitos la calificación del Superintendente es favorable colocará una razón suscrita por él en la que se

¹¹⁰ La forma de constituir sociedades anónimas se encuentra regulado a partir del Art. 191 en el Código de Comercio.

¹¹¹ Los bancos no solo requieren autorización de la Superintendencia para iniciar sus operaciones sino que también para realizar otras actividades como fusionarse con otras sociedades y transferir la totalidad o la mayoría de sus activos, practicar operaciones de fideicomiso y debe informar a la Superintendencia sobre cada proyecto de apertura de agencias, entre otras.

haga constar tal situación y se inscribirá la escritura social en el Registro de Comercio.

Autorizado un banco para operar debe ser administrado por una Junta Directiva, la que deberá estar integrada por tres o más directores propietario e igual número de suplentes. Estos Directores deben cumplir con los requisitos de tener una reconocida honorabilidad, tener amplios conocimientos y experiencia en materia financiera y administrativa y velar porque los depósitos del público sean administrados con honestidad.

Los bancos pueden clasificarse de diferentes formas, pero aquí se hará tomando en cuenta distintos aspectos de su operación¹¹²:

De acuerdo con las actividades que realizan, pueden ser clasificados en Bancos Comunes o de Crédito Ordinario y en Bancos Especiales o de Crédito Especial: Los primeros son aquellos que realizan toda clase de operaciones de crédito y prestan sus servicios sin identificación sectorial o crediticia. A diferencia de los primeros, los Bancos Especiales desarrollan sus actividades en base a determinadas operaciones de crédito especializadas o a determinados sectores de la producción y del consumo.

De acuerdo a la naturaleza de las actividades que realizan se pueden clasificar en Bancos Públicos¹¹³ y en Bancos Privados. Los bancos de carácter público son aquellos que realizan actividades propias del Estado

¹¹²URQUILLA, Carlos Humberto, “El Sistema Financiero, su marco legal regulatorio y la Responsabilidad de los Funcionarios Públicos encargados de su control y supervisión”..., Pág. 32

¹¹³ En El Salvador el Banco Publico es el Banco Central de Reserva de El Salvador, a pesar que no le corresponde la emisión de billetes y que según su Ley Orgánica es una institución pública autónoma de carácter técnico, de duración indefinida, con personalidad jurídica y patrimonio propio.

como emisión de billetes con curso legal y fuerza cancelatoria o poder liberatorio, que satisfacen una necesidad social de carácter económico y financiero, y que han sido creados por el propio Estado sin afán de lucro y con objetivos determinados por la ley para el control y apoyo del desarrollo del país. Por su parte, los bancos de carácter privado son los que realizan todo tipo de operaciones de crédito como objeto de su negocio, de creación privada con afán legítimo de lucro, debidamente autorizado por el Estado, de acuerdo a la ley que rige su organización, funcionamiento y operación, para asegurar los bienes de los particulares que le son confiados y los del Banco mismo.

De acuerdo con su evolución histórica, los Bancos pueden ser clasificados en Bancos Monetarios y Bancos de Crédito. Los Bancos Monetarios son aquellos que en su origen aparecen dedicados al intercambio de monedas, al comercio de metales preciosos, a recibir dinero en custodia y a realizar operaciones de crédito o de giro a nombre de sus clientes; son bancos realmente intermediarios en la circulación del dinero. Los Bancos de Crédito en cambio, son los que amplían sus actividades incluyendo la facultad de recibir y entregar dinero vía crédito por cuenta y riesgo propio, y en función de las necesidades de sus clientes.

Por la forma o integración del capital se clasifican en Estatales, Mixtos y Privados. Estatales, aquellos cuyo capital es aportado directamente por el Estado. Mixtos, cuyo aporte lo dan conjuntamente el Estado y los particulares, y Privados, aquellos en que el capital proviene de los particulares.

Por su origen y esencia legal, en Bancos del Estado o de Derecho Público, Bancos Privados o de Derecho Privado y Bancos Internacionales¹¹⁴. Los primeros son creados por el Estado bajo su potestad y son regulados por disposiciones legales especiales. Los segundos son aquellos creados por particulares, o por éstos y el Estado, con la autorización del Gobierno, y que están sujetos a las leyes y disposiciones generales preestablecidas. Los Bancos Internacionales son creados por la voluntad de varios Estados con el objeto de alcanzar beneficios comunes. Están sujetos a regulaciones especiales previamente aceptadas por cada uno de los integrantes.

Por la autorización para su constitución, en Nacionales y Extranjeros. Nacionales, aquellos que son constituidos bajo las leyes de su propio país y desarrollan sus actividades en él. Extranjeros, los constituidos bajo las leyes de su propio país, y con autorización de un gobierno extranjero para trabajar en este nuevo país pero respetando sus leyes.

Se agregaran las Instituciones financieras e Instituciones parabancarias. Las primeras son aquellas que tienen restringida la capacidad de recibir depósitos y centran su actividad en la distribución de capitales adquiridos a través de otras fuentes como la emisión de títulos, o colocación de recursos provenientes del exterior por intermedio de Bancos especializados, hacia créditos de mediano y largo plazo, y que tienen como

114 http://es.wikipedia.org/wiki/Banco_Interamericano_de_Desarrollo, consultada el 3 de agosto de 2009. Un ejemplo es El Banco Interamericano de Desarrollo (BID) que es una organización financiera internacional con sede en la ciudad de Washington D.C. (Estados Unidos), y creada en el año de 1959 con el propósito de financiar proyectos viables de desarrollo económico, social e institucional y promover la integración comercial regional en el área de América Latina y el Caribe. Es la institución financiera de desarrollo regional más grande de este tipo y su origen se remonta a la Conferencia Interamericana de 1890.

propósito el desarrollo de actividades industriales, agrícolas o técnicas. Las instituciones parabancarias son aquellas que complementan el mercado bancario a través de servicios económicos de colocación y administración de recursos que benefician al tenedor de los fondos con fuentes de inversión de alta rentabilidad, trasladando su capacidad de pago hacia sectores de la economía del país que lo requieran, especialmente en el área de consumo.

CAPITULO TRES

OPERACIONES BANCARIAS

SUMARIO: 3.1 Exordio; 3.2 Definición; 3.3 Clasificación, 3.3.1 Operaciones Neutras, 3.3.2 Operaciones Pasivas, 3.3.3. Operaciones Activas, 3.3.3.1 Apertura de Crédito, 3.3.3.1.1. Definición, 3.3.3.1.2. Funcionamiento y Perfeccionamiento, 3.3.3.1.3. Características, 3.3.3.1.4. Naturaleza Jurídica, 3.3.3.1.5. Modalidades del Contrato; A) Por el objeto de la obligación del acreditante, A.1 Créditos de prestación, A.2 Créditos de obligación, B) Por la forma de disposición, B.1 Simples, B.2 En cuenta corriente, C) Por la garantía, C.1 En descubierto, C.2 Con garantía, D) Por su destino, D.1 Libres, D.2 Especiales; 3.3.3.1.6 Obligaciones de las partes, 3.3.3.1.6.1 Obligaciones del acreditante, 3.3.3.1.6.2 Obligaciones del acreditado; 3.3.3.1.7 Terminación del Contrato; 3.3.3.1.8 De la Tarjeta de Crédito, 3.3.3.1.8.1Definición. 3.3.3.1.8.2 Naturaleza jurídica, 3.3.3.1.8.3 Función económica que cumple la tarjeta de crédito, 3.3.3.1.8.4 Clasificación.

3.1 EXORDIO

En el presente capítulo se abordará la temática de las operaciones bancarias, empezando por definir que es una operación bancaria, posteriormente se podrá advertir cuales son las operaciones bancarias que de acuerdo a la Ley de Bancos se les esta permitido a realizar a estas instituciones.

Posteriormente se tratará la clasificación tradicional que los autores han hecho de las operaciones bancarias, que es en Operaciones Neutras, Operaciones Pasivas y Operaciones Activas, definiendo y ejemplificando cada una de ellas.

Dentro de las Operaciones Activas se le dará una especial atención al contrato de apertura a crédito, pues es el contrato mediante el cual se emiten tarjetas de crédito. En cuanto a este contrato se detallara su definición,

funcionamiento y perfeccionamiento, naturaleza jurídica, características, las modalidades en las que se puede encontrar el contrato, las obligaciones que surgen para las partes que intervienen en la contratación y las formas en las que termina.

Últimamente se desarrollara una figura que puede nacer del contrato de apertura a crédito, es decir, la tarjeta de crédito, donde de igual forma se definirá, y expondrán elementos tales como su naturaleza jurídica, sus elementos, clasificación y características.

3.2 DEFINICIÓN

Operación Bancaria *“Es toda aquella operación de crédito practicada por un banco con carácter profesional y como eslabón de una serie de operaciones activas y pasivas similares”*¹¹⁵.

Uno de los elementos principales que se obtiene de la definición anterior es que las operaciones bancarias están constituidas por las relaciones que surgen entre los clientes y el banco, quien actúa en forma profesional, estable, continuada y masiva, como empresa bancaria. Es decir que obligatoriamente una de las partes intervinientes debe ser un Banco, que ponga en movimiento la mecánica bancaria ejerciendo la intermediación en el crédito para obtener utilidades¹¹⁶.

¹¹⁵ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquin, “Curso de Derecho Mercantil”, Tomo II, Sexta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México D.F., 1966, Pág. 54

¹¹⁶ La obtención de utilidades se justifica en cuanto la actividad bancaria es una especie de actividad mercantil, por lo que comparte con ella sus principios básicos como el carácter oneroso.

Según Staub¹¹⁷ “Son operaciones de Banco las que satisfacen necesidades de tráfico para la obtención y enajenación de dinero y sus títulos valores”.

Lehmann¹¹⁸ sostiene que “en las operaciones bancarias es común la tendencia a la mediación en el tráfico de dinero y en el suministro de crédito”.

Estas definiciones coinciden en que las operaciones bancarias aunque no sea su exclusiva actividad se enfocan en la Intermediación financiera que puede definirse como “la actividad esencial que ocurre dentro de un mercado financiero y consiste en captar recursos, principalmente, de los depositantes e inversionistas, con el compromiso de pagar un precio por uso, para colocarlos en forma de créditos y financiamientos entre personas que necesitan dichos recursos para distintos fines, a cambio de un precio, a través de los instrumentos que la Ley establece”¹¹⁹.

En El Salvador los tipos de operaciones que pueden realizar los bancos está determinado por la ley, y así el Artículo 51 de la Ley de Bancos las enumera de la siguiente manera:

- a) *Recibir depósitos a la vista, retirables por medio de cheques u otros medios;*
- b) *Recibir depósitos a plazo;*
- c) *Recibir depósitos de ahorro;*

¹¹⁷ Citado por URQUILLA, Carlos Humberto, “El Sistema Financiero, su marco legal regulatorio y la Responsabilidad de los Funcionarios Públicos encargados de su control y supervisión”..., Pág. 43

¹¹⁸ Citado por URQUILLA, Carlos Humberto, “El Sistema Financiero, su marco legal regulatorio y la Responsabilidad de los Funcionarios Públicos encargados de su control y supervisión”..., Pág. 4

¹¹⁹ DELGADO B., Aquiles Antonio, “Derecho Bancario Salvadoreño”..., Pág. 113

- d) *Captar fondos mediante la emisión de títulos de capitalización de ahorro,*
- e) *Captar fondos mediante la emisión y colocación de cédulas hipotecarias;*
- f) *Captar fondos mediante la emisión de bonos, u otros títulosvalores negociables;*
- g) *Captar fondos mediante la emisión de certificados de depósito, cédulas hipotecarias, bonos o cualquier otra modalidad que permita la captación de recursos de mediano y largo plazo para su colocación en el financiamiento de la vivienda, destinada a familias de bajos y medianos ingresos;*
- h) *Aceptar letras de cambio giradas a plazos contra el banco que provenga de operaciones de bienes o servicios;*
- i) *Descontar letras de cambio, pagarés, facturas y otros documentos que representen obligaciones de pago;*
- j) *Adquirir, ceder, celebrar contratos con pacto de retroventa y transferir a cualquier título efectos de comercio, títulosvalores y otros instrumentos representativos de obligaciones de sociedades, excepto acciones de éstas cuando no fueren de las permitidas por el artículo 190 de esta Ley; así como realizar similares operaciones con títulosvalores emitidos o garantizados por el Estado o emitidos por el Banco Central y participar en el mercado secundario de hipotecas;*
- k) *Aceptar y administrar fideicomisos, con la previa autorización de la Superintendencia;*
- l) *Contratar créditos y contraer obligaciones con el Banco Central, bancos e instituciones financieras en general, del país o del extranjero;*
- m) *Mantener activos y pasivos en monedas extranjeras y efectuar operaciones de compra y venta de divisas;*

- n) Aceptar, negociar y confirmar cartas de crédito y crédito documentario, lo mismo que expedir tales cartas de crédito;*
- o) Asumir obligaciones pecuniarias de carácter contingente mediante el otorgamiento de avales, fianzas u otras garantías, asegurando en favor de tercero el cumplimiento de una obligación determinada a cargo de algunos de sus clientes;*
- p) Efectuar cobranzas, pagos, transferencias de fondos y emitir tarjetas de crédito;*
- q) Emitir letras, cobranzas, órdenes de pago y giros contra sus propias oficinas o corresponsales;*
- r) Recibir valores y efectos para su custodia y prestar en general servicios de caja de seguridad y transporte de especies monetarias y valores;*
- s) Servir de agentes financieros de instituciones y empresas nacionales, extranjeras o internacionales, para la colocación de recursos en el país;*
- t) Conceder todo tipo de préstamos, tales como los referidos a las actividades relacionadas con la agricultura, ganadería, industria, comercio, transporte, construcción y demás formas de producción de bienes y servicios, adquisición de bienes duraderos y gastos de consumo;*
- u) Conceder créditos hipotecarios para la adquisición de viviendas o terrenos, sus mejoras, reparaciones, o cualquier otro destino de carácter habitacional;*
- v) Transferir a cualquier título créditos de su cartera, así como adquirir créditos, siempre y cuando dichas operaciones no se efectúen con pacto de retroventa, el cual en caso de pactarse será nulo y de ningún valor; y*

w) *Otras operaciones activas y pasivas de crédito y otros servicios bancarios que apruebe el Banco Central*¹²⁰.

Se puede observar que los bancos practican diversas actividades que le son determinadas por la Ley, pero todas ellas pueden resumirse en recoger dinero realizando operaciones pasivas, proporcionar dinero mediante diversas operaciones activas y prestar otros servicios bancarios con las denominadas operaciones neutras. Es por ello que a continuación se pasara a estudiarlas con mayor detenimiento.

3.3 CLASIFICACIÓN

Los bancos tienen autorización para realizar diferentes operaciones, pero todas ellas pueden clasificarse en tres categorías que son activas, pasivas y neutras.

3.3.1 Operaciones Neutras

*“Las operaciones neutras consisten generalmente en la atención de negocios ajenos”*¹²¹. Estos servicios que el Banco presta a su clientela son complementarios y no implican concesión de crédito por ninguna de las partes contratantes, lo que trae como consecuencia que no constituyen la parte esencial de la actividad bancaria.

¹²⁰ Se puede determinar que la enumeración que hace la Ley de Bancos no es taxativa porque deja abierta la posibilidad que el Banco Central apruebe otras no contempladas.

¹²¹ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquin, “Derecho Bancario Introducción, Parte General, Operaciones Pasivas”...Pág. 33

Una de estas operaciones es el servicio que muchos bancos ofrecen de **Custodia y Cajas de Seguridad**¹²², consistente en el alquiler de una caja metálica e inamovible de tamaño variable, que se encuentra en una sección especial del banco debidamente protegida¹²³ y en la que el cliente guarda valores y objetos que puede retirar en los días y horas que estipule el contrato.

Los “**Pagos y cobros**” es otro de los servicios que presta el banco y en los que actúa como apoderado de sus clientes para cobrar cualesquiera cantidades que se deba a estos, en cualquier concepto; y así mismo efectuar pagos que debe hacer el cliente, y por lo que recibe una comisión

Los bancos generalmente también realizan “**Cambio de dinero**” de moneda extranjera a moneda nacional y viceversa.

¹²² Art. 1269.- *Por el servicio de cajas de seguridad el banco se obliga, contra el recibo de las pensiones o primas estipuladas, a responder de la integridad de las cajas y a mantener el libre acceso a ellas en los días y horas que se señalen en el contrato o que se expresen en las condiciones generales respectivas.* Código de Comercio.

¹²³ OSSORIO, Manuel, “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, 29 Edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2004, Pág. 146. “*Con el fin de que la apertura de la caja solo pueda ser efectuada por su titular o titulares, y de que se mantenga el secreto de su contenido, ignorado por el propio banco, se adoptan diversas medidas precaucionales: registro de la firma del titular en el momento de efectuarse el alquiler; firma de una ficha cada vez que se quiera abrir la caja y cotejo con la firma inicial antes de darle paso a la sección correspondiente; acompañamiento de un empleado del banco; utilización de doble llave, una que esta en poder del cliente y que, naturalmente, es distinta para cada caja, y otra que lleva el empleado, común a todas las cajas no pudiéndose efectuar la apertura si no es con el concurso de ambas. Una vez que el empleado usa la llave, el cliente queda solo o pasa aun cuarto especial para mantener en secreto lo que mete en la caja o lo que saca de ella*”.

3.3.2 Operaciones Pasivas

La captación de los recursos financieros¹²⁴ es la actividad esencial de un banco, debido a que sin estos el banco no podría operar de ninguna manera. Estas operaciones que tienen como finalidad adquirir recursos son denominadas Operaciones pasivas y pueden definirse como:

“La aceptación y admisión de capitales ajenos para el fortalecimiento de los propios medios de explotación. Su finalidad consiste en obtener capitales ociosos o con un margen pequeño de rendimiento para hacerlos trabajar e invertirlos lucrativamente o con mayor beneficio del que antes conseguía”¹²⁵.

Las operaciones pasivas¹²⁶ que realiza un banco se identifican porque representan aquellas actividades a través de las cuales recibe crédito o adquiere capitales provenientes de distintas áreas para posteriormente disponer de ellos y obtener lucro. Estas operaciones son las más delicadas porque el banco se constituye en deudor del público al recibir su dinero e invertirlo, con la única garantía de la legislación a la que se encuentran sometidos, un ejemplo de estas operaciones es el **“Deposito Irregular”**, pero se abordara el tema del depósito para comprender mejor el ejemplo.

¹²⁴ DELGADO B., Aquiles Antonio, “Derecho Bancario Salvadoreño”..., Pág.113. *“Los recursos financieros son la materia prima del intermediario financiero. El dinero en efectivo es el recurso financiero clásico, pero también son recursos financieros los derechos de crédito en general (contenido en títulos valores de deuda o de participación), entre otros. Para realizar esta actividad primaria, el intermediario ofrece productos financieros de ahorro e inversión, como cuentas de ahorro, certificados de depósito o títulos de deuda”.*

¹²⁵ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquin, “Derecho Bancario Introducción, Parte General, Operaciones Pasivas”...Pág. 35

¹²⁶ Los bancos se valen de éstas operaciones para captar recursos y acrecentar su capital para invertir y lograr su fin principal como todo comerciante.

El depósito es el contrato en virtud del cual una de las partes llamada depositario recibe de la otra que se denomina depositante una cosa con la obligación de conservarla y restituirla. El depósito puede ser Regular e Irregular; el depósito regular o propiamente dicho es aquel mediante el cual el depositario al recibir la cosa solo adquiere la simple tenencia sin poder usarla y con la obligación de devolver la misma cosa que recibió.

Por su parte el depósito irregular, se caracteriza por tratarse siempre de cosas consumibles o fungibles¹²⁷, por lo que el depositario se encuentra autorizado para disponer de ellas e incluso puede consumirlas, conservando siempre la obligación de restituirla, pero en este caso no la misma e idéntica cosa sino otra equivalente en especie, calidad y cantidad.

La diferencia es que en el depósito regular el depositario adquiere simplemente **“la tenencia”** de la cosa sin poder usarla, mientras que en el depósito irregular el objeto depositado pasa al **“dominio”** del depositario pudiendo este disponer de la cosa e incluso consumirla para posteriormente devolver una equivalente.

Debido a esta diferencia es que el ejemplo de operación bancaria pasiva es el depósito irregular¹²⁸, en el cual el depositario es el Banco quien haciéndose dueño del objeto depositado lo utiliza para luego restituirlo.

¹²⁷ OSSORIO, Manuel, “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”..., *“La característica de esta clase de bienes es su posibilidad de reemplazo por otro de la misma calidad y cantidad. Capitan los define, con acierto, como los que, por hallarse solo determinados por su número, pero o medida, pueden ser utilizados indiferentemente uno por otro para realizar un pago”*. El ejemplo típico de esta clase de bienes lo constituye el dinero.

¹²⁸ El depósito irregular es el ejemplo de operación bancaria pasiva sea como Depósito en Cuenta Corriente o Depósito en Cuenta de Ahorros regulados en el Artículo 1186 y siguientes del Código de Comercio.

Otro ejemplo lo constituye los “**Bonos Bancarios Hipotecarios**”¹²⁹, que son aquellos que la garantía hipotecaria pesa sobre inmuebles pertenecientes a un cliente del banco, a quien este, a través de un contrato de apertura de crédito, acredita el importe de la emisión; el hipotecante firma los bonos como avalista del banco emisor: lo que trae como resultado que el hipotecante responde solidariamente en la vía cambiaria y directamente en la hipoteca.

3.3.3 Operaciones Activas

Estas operaciones son las que adquieren mayor trascendencia porque dentro de ellas se encuentra la Apertura de Crédito¹³⁰; y se definen como “*el mecanismo a través del cual el Banco pone a disposición de terceros el dinero recaudado*”¹³¹.

¹²⁹ Art. 1229.- “*Los bonos bancarios hipotecarios, son obligaciones emitidas por un banco, con garantía de una hipoteca directamente constituida en favor de sus titulares, por la persona a quien el banco acredita el importe de la emisión*”. Código de Comercio.

¹³⁰ La disponibilidad de crédito es la característica que hace diferente a ésta operación de las demás operaciones bancarias activas, pues en sí constituye una promesa de proporcionar dinero sin necesidad de estar requiriendo al ente financiero la realización de continuos préstamos, además no requiere que el Banco verifique inmediatamente el desembolso total del importe del crédito, lo que implica mayores costos a la Institución y esto deviene el intereses más altos para el cliente. Se dice que ésta disponibilidad debe de entenderse desde el punto de vista de la finalidad económica que busca en cliente al momento de optar por la Apertura de Crédito, o también denominado contenido técnico económico, y éste es contar con una seguridad futura de poder disponer, en un cierto momento y por decisión unilateral del cliente, de los recursos requeridos, y no la entrega inmediata de un suma de dinero (mutuo).

¹³¹ URQUILLA, Carlos Humberto, “El Sistema Financiero, su marco legal regulatorio y la Responsabilidad de los Funcionarios Públicos encargados de su control y supervisión”..., Pág. 46

Cuando el banco posee los recursos que le son necesarios para operar, los coloca¹³² o pone a disposición del público a través de figuras como la apertura de crédito, y de esa forma concluye su función principal de intermediación. A través de estas operaciones el Banco invierte el dinero que ha recogido de sus clientes.

Dentro de las operaciones activas que realizan los bancos se encuentran la Apertura de Crédito, Descuento, Anticipo y Préstamo.

“El Préstamo mercantil” comprende toda clase de créditos activos y existe cuando la operación se realiza en masa y por empresa, así lo expresa el Código de Comercio en el Artículo 1142:

“El préstamo es mercantil cuando se otorga por instituciones bancarias o de crédito que realicen tales operaciones o por personas dedicadas a actividades crediticias”.

Se pasara ahora a la Apertura de Crédito, que es la operación activa bancaria que nos interesa conocer.

3.3.3.1 Apertura de Crédito

La Apertura de Crédito es una de las varias operaciones activas que los Bancos realizan para poder colocar los recursos que han captado a través de verificar operaciones pasivas, todo ello para poder lograr su finalidad como todo comerciante, y ésta es, lucrarse de esa actividad, la que deviene de restar al precio que recibe por la colocación de los recursos, por

¹³² En la colocación de recursos el Banco los ofrece mediante productos financieros como el préstamo de dinero, la apertura de crédito, sobregiro o la tarjeta de crédito.

parte de sus deudores, el costo que deberá pagar por la obtención de dichos recursos a sus acreedores.

La Apertura de Crédito es una operación de crédito activa, es decir que es de gran importancia para lograr los fines lucrativos de la entidad financiera, y en virtud de éste el Banco pone a disposición del cliente o acreditado, una suma cierta, de la que éste puede disponer en distintos espacios temporales o en distintas cantidades, conforme a sus necesidades, durante un periodo de tiempo determinado o indeterminado; es decir, el acreditado puede disponer de la totalidad del crédito, o una parte del mismo o incluso no disponer de él. Se le llama **“acreditado”** a la persona o cliente al cuál se le otorga la disponibilidad sobre cierta cantidad dineraria, o a la persona que dentro de la operación se le otorga el acreditamiento, entendido éste como:

“La posibilidad dada al acreditado de acudir al patrimonio del acreditante hasta concurrencia de una suma determinada”¹³³.

Es entonces, el poder o facultad de la que goza el acreditado para utilizar, como él crea conveniente, la suma puesta a su disposición, siempre y cuando respetando ciertas condiciones que se le imponen para su uso. La parte que pone a disposición del acreditado, una cierta cantidad de dinero, se llama **“acreditante”**, y éste puede ser un Banco, una casa comercial u otra entidad financiera.

¹³³ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “Contratos Bancarios, Su significación en América Latina”..., Pág. 521. El acreditamiento es uno de los elementos que compone la definición de la Apertura de Crédito.

3.3.3.1.1 Definición:

Antes de proceder a definir dicha figura, es necesario hacer ciertas consideraciones que se han considerado pertinentes.

La Apertura de Crédito constituye una operación bancaria activa, pero por sí, solamente es una operación de la que se vale la entidad, para poder ingresar dinero a sus arcas; pero ésta operación necesita de un antecedente necesario y básico en virtud del cuál se ejecute, y éste no es más que el Contrato, entendiéndose por éste: *“la convención en virtud de la cuál una o más personas se obligan para con otra u otras, o recíprocamente a dar, hacer, o no hacer, alguna cosa”*¹³⁴.

Es decir, para que ésta operación llegue a verificarse debe de existir la concertación de las voluntades de ambas partes (el acreditante y el acreditado), las cuáles recíprocamente se obliguen y como en éste estudio se analiza la Apertura de Crédito como una operación activa que realizan los bancos, en éste caso se estará hablando de *“Contratos Bancarios”*, definidos como:

*“El acuerdo de voluntades destinados a reglar los derechos nacidos en una relación, cuyo objeto es una operación bancaria”*¹³⁵.

¹³⁴ Art. 1309, Código Civil, Al hablar de contratos debe de hablarse de convención que es el concepto general bajo el cuál se encuentra el contrato.

¹³⁵ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “Contratos bancarios, su significación en América Latina”... Pág. 521. La Definición que hace el autor es muy genérica y solamente menciona que del contrato nacen derechos, pero además nacen obligaciones, porque el derecho que tiene el Banco, se convierte además en una obligación para el cliente y viceversa, cumpliéndose así una de las características de los contratos, la bilaterabilidad.

La anterior distinción es hecha por el autor Rodríguez Azuero, muy clara y comprensible, aunque es de tener en cuenta que no solamente nacen derechos en una relación bancaria, si no además obligaciones.

Una vez aclarado el punto anterior, se definirá lo que se debe de entender por la Apertura de Crédito, como operación activa y la mejor definición la brinda el Código de Comercio:

Art. 1105: “Por la Apertura de Crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer a cuenta de éste una obligación, para que él mismo haga uso del crédito concedido en la forma convenida, obligándose a su vez el acreditado a restituir el acreditante las sumas de que disponga, o el importe de la obligación que contrajo, y a pagarle los intereses, gastos y comisiones que se hubieren estipulado”.

Algunos autores definen¹³⁶ el Contrato de Apertura de Crédito de la siguiente manera:

“Entendemos por contrato de Apertura de Crédito, el acuerdo según el cual el banco (acreditante) se compromete con su cliente (acreditado) a concederle crédito de dinero o de firma, directamente a él o a un tercero que le indique, dentro de ciertos límites cuantitativos y mediante el pago por el acreditado de una remuneración” Sergio Rodríguez Azuero¹³⁷.

¹³⁶ Todas las definiciones son muy respetadas, más es de tener en cuenta que no son absolutas, pues como concedores del derecho, se debe tomar en cuenta que éste es dinámico y no estático y éstas definiciones deben de irse adaptando con la época y nivel de avance que se tenga en una determinada rama del derecho.

¹³⁷ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “Contratos bancarios, su significación en América Latina”...Pág. 522.

“Es un contrato bilateral, mediante el cual una de las partes, que se denomina acreditante, se compromete a conceder un crédito a la otra, que se denomina acreditado, hasta por una cantidad determinada o determinable” Roberto Lara Velado¹³⁸.

“La Apertura de Crédito es un contrato mediante el cuál una persona (el acreditante, el banco o el particular) se obliga con otra (el acreditado) a poner a su disposición una cantidad de dinero determinada, o a emplear su crédito en beneficio de aquel”. Joaquín Rodríguez Rodríguez¹³⁹.

Para una mejor comprensión, se entiende la Apertura de Crédito como: *“una operación bancaria activa, por medio de la cuál, un Banco denominado acreditante pone a disposición una cierta cantidad de dinero, determinable o determinada, a favor de un cliente al que se le llama acreditado, para que haga uso de éste durante un periodo de tiempo, disponiendo de la cantidad dineraria cuando quiera y como quiera teniendo como límite el importe del crédito, debiendo restituirlo pagando además intereses, gastos y comisiones al acreditante”*¹⁴⁰.

Cuando se mencione que en una relación ambas partes consienten en obligarse recíprocamente, y se hable de un acuerdo entre ellas, entonces se esta en presencia de un contrato, como se observa en las definiciones antes expuestas.

¹³⁸ LARA VELADO, Roberto, “Introducción al Estudio del Derecho Mercantil”..., Pág. 215.

¹³⁹ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín, “Derecho Bancario, Introducción, Parte General, Operaciones Pasivas”...Pág. 77.

¹⁴⁰ Es de advertir que en la definición se menciona como acreditante al Banco, porque la Apertura de Crédito será objeto de estudio desde el punto de vista de los Bancos, por ello se ha definido así, pero es de no olvidar que ésa entidad financiera no es la única que puede utilizar dicha operación activa

3.3.3.1.2 Funcionamiento y Perfeccionamiento

En la Apertura de Crédito como operación bancaria activa, es posible hablar del funcionamiento y en cuanto al contrato, de su perfeccionamiento.

En cuanto a su funcionamiento, el cliente solicita al banco un crédito, del cuál dispondrá en una o en varias remesas, a partir de una fecha determinada, solicitando su aprobación. Otorgada la apertura de crédito, el banco comunica al cliente su decisión de otorgar la Apertura de Crédito solicitada y que espera sus órdenes.

Para la celebración del contrato, se determinarán todas las condiciones de la operación, siendo las más importantes: el importe del crédito, las condiciones de utilización, el plazo, la forma en que el cliente hará los retiros, el plazo de restitución o repago de las sumas de dinero que reciba, el tipo de interés y forma de calcularlo, la amortización, las garantías exigidas, el plazo de preaviso para la rescisión del contrato y la comisión que cobrará el banco por la apertura de crédito; además se constituyen las garantías y se suscriben las solicitudes y formularios que instrumentan el contrato.

Una vez aprobado el Contrato de Apertura de Crédito, el acreditante pone disposición del acreditado la cantidad que se ha previsto, en la forma convenida y por el tiempo acordado o bien se compromete a asumir una obligación convenida en las circunstancias que se hayan determinado.

Si el acreditado utiliza el crédito¹⁴¹, dispondrá de él efectuando las libranzas o retiros convenidos; generalmente los retiros son parciales, y el cliente tiene derecho a utilizar el remanente todo el tiempo que el acreditante haya estipulado mantener la disponibilidad en su favor. El banco tiene la obligación de mantener ésa disponibilidad y atender los nuevos requerimientos del crédito hasta que se complete el importe total o se cumpla el tiempo por el cuál se pactó la apertura de crédito.

Es decir, se crea una disponibilidad de crédito para el cliente¹⁴²; el crédito solicitado puede ser el de disponer de una suma determinada de dinero, solicitado un aval del banco u otra garantía frente a terceros; el acreditado tiene derecho de disponer del crédito cobrando su importe en uno o en varios pagos, o exigiendo que se contraigan las obligaciones prometidas.

Al concluir el término en que puede hacer uso del acreditamiento, el cliente estará obligado a pagar al banco los intereses sobre la suma de dinero utilizada y a rembolsar el capital en las condiciones convenidas.

El contrato se perfecciona por el simple acuerdo de las partes, es decir que se trata de un contrato consensual, se perfecciona al otorgar el crédito, es decir, al celebrar el contrato, por la razón que constituye en un inicio una

¹⁴¹ Porque puede darse el caso que no lo utilice, pero deberá de pagar siempre la comisión convenida.

¹⁴² Al crearse la disponibilidad para el cliente, la utilizará podrá acudir a ella cuando así lo necesite y de inmediato, sin tener que pasar por los trámites de una aprobación de desembolso de la cantidad que necesite y además sin el riesgo de una posible negativa ante su requerimiento de crédito.

disponibilidad de crédito y no el desembolso inmediato de la suma acreditada y su ejecución se realiza cuando se realizan los desembolsos¹⁴³.

3.3.3.1.3 Características

Enunciadas que fueron las particularidades de la operación bancaria, es posible ahora identificar las características del contrato.

Consensual: Es un contrato consensual, desde el punto de vista de su perfeccionamiento, porque se perfecciona con el consentimiento¹⁴⁴ de las partes, es decir con el común acuerdo de los interesados en constituirse en acreditado y acreditante para dar origen al acreditamiento, no necesitando que el Banco transfiera inmediatamente el importe del crédito al cliente.

Esto es así porque en el contrato en mención basta la “promesa” de contar con una “disponibilidad”, por ser el objeto del contrato el *crédito* no el dinero¹⁴⁵.

El Código de Comercio hace alusión a ésta característica, en el Art. 1105 en el que se menciona la obligación de poner a disposición una suma

¹⁴³ En ése sentido, la ejecución del contrato, es cuando el acreditado hace uso del crédito, haciendo retiros, haciendo libranzas, o el Banco adquiriendo una obligación frente a terceros, lo que significa que su ejecución es continuada, porque el acreditado hace constantes retiros y esto significa que el contrato se está ejecutando cuando esto sucede.

¹⁴⁴ El Consentimiento es sin duda el más importante de los elementos que debe contener todo contrato, encierra la voluntad de las partes para poder contratar u obligarse; el consentimiento puede definirse como “*el acuerdo de voluntades de dos ó más personas con un objeto lícito*”.

¹⁴⁵ VILLEGAS, Carlos Gilberto, “El Crédito Bancario”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, Pág. 70. “*El objeto que persigue el contrato es crear una disponibilidad a favor del cliente, es decir, una promesa de préstamo y no el desembolso inmediato de una suma de dinero*”.

de dinero por parte del acreditado y no la obligación de hacer la tradición inmediata de dicha suma; lo que se manifiesta en virtud del contrato, es la voluntad del propietario del crédito en obligarse a mantener abierta la posibilidad, durante cierto tiempo, que se retiren cantidades de dinero sin más requisito que el deseo del acreditado, obligándose éste a restituir la cantidad retirada.

Es bilateral: Porque las partes se encuentran en una relación de prestaciones recíprocas¹⁴⁶. El Art. 1105 del Código de Comercio, establece que en virtud del contrato, ambas partes adquieren obligaciones, y según el Código Civil en su Art. 1310 un contrato es bilateral cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente, es decir, una para con la otra y viceversa.

Al igual que hay obligaciones recíprocas, también nacen derechos para ambas partes, pues la obligación de una, se constituye como un derecho de la otra.

Es un contrato principal: Es autónomo porque no depende de otro para su nacimiento; a partir de su celebración tiene plena validez, y sus efectos pueden empezar a verificarse; más claro lo menciona nuestro Código Civil en su Art. 1313 *“El contrato es principal cuando subsiste por si mismo sin necesidad de otra convección...”*¹⁴⁷.

¹⁴⁶ www.monografias.com/trabajos/tarjetacred/tarjetacred.shtml, consultada el 27 de julio de 2009. En el contrato de Apertura de Crédito no solamente se obliga el acreditante a poner a disposición dinero o mercancías, si no que también el acreditado está obligado a restituir el importe del crédito al finalizar el plazo estipulado más otros rubros que se hayan estipulado.

¹⁴⁷ En el contrato en estudio, en virtud de su celebración, lo que se hace inmediatamente el acreditado es la disposición o acreditamiento, de lo que se puede decir que no necesita de otro contrato para que ésa *“disponibilidad”* se verifique.

Lo anterior no significa que el contrato de Apertura de Crédito no pueda ser utilizado en combinación con otros contratos bancarios, como podría ser con la cuenta corriente, (Art. 1111 Código de Comercio) o el crédito documentario (Art. 1125 Código de Comercio), pues en éste caso siempre sería un contrato principal, agregándole otra modalidad al contrato original.

Es oneroso: El Art. 946 del Código de Comercio, dice: “*Las obligaciones mercantiles son onerosas*”, de ahí proviene la característica para el contrato de apertura de crédito.

Por ser un contrato de naturaleza mercantil no puede ser gratuito, siendo que en ésta rama del derecho el objeto es el lucro y por ello se regulan todos los actos que conlleven a ese fin, es decir, todos los actos de comercio.

Es conmutativo: Porque la naturaleza, características y extensión de las prestaciones a cargo de las partes, son ciertas en el momento de la celebración del contrato¹⁴⁸.

Para una mejor comprensión de ésta característica, dice el Código Civil en su Art. 1312: “*El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar, o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe de dar o hacer a su vez*”

¹⁴⁸ www.monografias.com/trabajos/tarjetacred/tarjetacred.shtml, consultada el 27 de julio de 2009. Es decir, al celebrar éste contrato, las partes tienen muy claro cuáles son las obligaciones que contraerán, las que se miran como equivalentes porque desde el inicio se conocen y no significa una desventaja a una de las partes o solo derechos para uno de ellos, o será incierta la obligación, y en virtud de ello dan su consentimiento para obligarse, por ser obligaciones ciertas.

Es definitivo: Tal peculiaridad está encaminada a explicar la esencia del contrato, al establecer que “*Es un contrato definitivo, no preliminar de otro u otros. No es un promesa de préstamo, sino un contrato distinto*”.

Es un contrato con sus propias características, tiene su propio objeto, crea sus propias obligaciones y efectos, y no constituye un presupuesto para otro contrato, ni significa un contrato que suspenda los efectos de otro o de guardar una oportunidad de crédito.

Es de ejecución continuada: Se otorga el acreditamiento, es decir la facultad de disponer de una suma de dinero, no se consume de una sola vez, más bien se van dando varios retiros de dinero cuantas veces las necesite la persona ejerciendo éste así su facultad de utilizar la disponibilidad concedida por el banco y a la vez puede reponer las sumas retiradas.

Es un contrato comercial: Es un contrato *comercial*, como los demás contratos bancarios.

De Crédito: Porque el banco (acreditante) reconoce al cliente la facultad de disponer de una suma de dinero, el cuál cuando sea retirado lo deberá de restituir al banco.

Intuito Personae: Es decir, que los bancos otorgan el crédito en consideración a las calidades personales de quienes contratan con los bancos¹⁴⁹.

¹⁴⁹ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “Contratos bancarios, su significación en América Latina”..., Pág. 176. Los contratos bancarios de contenido crediticio, por regla general, se celebran de buena fe, en consecuencia, se otorga el contrato atendiendo a la confianza de solvencia de pago del cliente.

El banco hace un estudio evaluativo de la solvencia económica del cliente. La importancia de este aspecto es que el banco sólo tendrá facultad rescisoria por causa justificada, cuando ocurran hechos o circunstancias que objetivamente impliquen una disminución de la solvencia del cliente.

3.3.3.1.4 Naturaleza Jurídica

Muchas teorías han intentado explicar la naturaleza jurídica del contrato de Apertura de Crédito, y con cada teoría ha surgido críticas que nos ayudan a comprender mejor dicha institución, por lo que a continuación se expondrán las más importantes explicaciones y sus respectivas críticas:

La primera teoría es la del “**Mutuo**”, que intentó explicar en qué consistía el Contrato de Apertura de Crédito y lo hizo tomando como referencia el Contrato de Mutuo; exponían al contrato como una especie de mutuo, por la razón que se entrega una cierta cantidad a la otra parte quedando ésta obligada a restituirla, en la forma pactada más intereses, comisiones y otros recargos.

Ésta teoría perdió su mayor fuerza cuando la doctrina expuso que el elemento de la “*disponibilidad*” era la característica principal de la Apertura de Crédito y que lo distinguía de los demás contratos¹⁵⁰.

¹⁵⁰ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “Contratos bancarios, su significación en América Latina”..., Pág. 528. Lo que significaba que no se hace la tradición de la cosa objeto del contrato, como sucede en el mutuo, más bien solamente se contrata el derecho a utilizar el crédito cuando él acreditando así lo requiriera.

Luego algunos autores sostuvieron que la naturaleza jurídica es ser un Mutuo pero consensual, con el argumento que éste contrato no se perfecciona con la entrega de la cosa como en el mutuo, si no que se perfecciona con el simple acuerdo de las partes, sustituyendo el elemento constitutivo del mutuo original, es decir, la tradición de la cosa, por una promesa que el banco realiza al acreditado de ser autorizados los desembolsos que éste requiera en cualquier tiempo sin más fundamento que el contrato celebrado anteriormente.

La crítica que se le hace a la teoría del mutuo consensual es que desnaturaliza a la figura del mutuo clásico como un contrato real, al faltar el elemento constitutivo y fundamental de ésta institución, la cual es la tradición de la cosa, por medio de la cual se adquiere el dominio, y en éste caso, de la suma de dinero, lo que implica que desde el inicio, éste contrato no sería un mutuo y si lo fuera, la persona estaría obligada a utilizar la disponibilidad otorgada por el banco, y no podría pagarla haciendo remesas, si no pagar la totalidad del crédito aunque haya sido utilizado parcialmente¹⁵¹.

Otra es la teoría del mutuo simultaneo de un depósito irregular, en el cual el Banco otorga un crédito y la forma de la entrega es constituyendo un depósito irregular a favor del cliente, siempre en el mismo Banco, del cuál puede disponer a partir del momento en que se hace el depósito, convirtiéndose el Banco en un depositario irregular del crédito que ha otorgado el mismo al acreditado y ésta es la forma en que se hace la entrega de la cosa.

¹⁵¹ No podría hacer remesas al pago del importe del crédito en caso que sea la Apertura de Crédito en Cuenta Corriente, porque al hacer un primer retiro sería de su propiedad el importe del crédito, y obligado a restituirlo completamente.

Esta teoría es una de la más criticada por ser considerada artificiosa¹⁵², en cuanto no refleja cuál es la verdadera voluntad de las partes, además implicaría la celebración de un doble contrato de mutuo, uno a favor del cliente y otro a favor del banco, constituido por éste; mencionan los críticos que ésta teoría no explica en nada lo que sucede en la apertura de crédito de firma, figura que se estudiará más adelante.

En definitiva la naturaleza jurídica del Contrato de Apertura de Crédito no es ser un mutuo, en primer lugar porque *el mutuo es un contrato real y la Apertura de Crédito es consensual*; en el primero según el Art. 1995 del Código Civil, “*no se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición trasfiere el dominio*”.

La tradición constituye un requisito esencial en el mutuo, por ser la ley que dispone que sin éste elemento no se perfecciona el contrato, por lo que no se puede hablar de un mutuo consensual, porque de ser así no se perfeccionaría el contrato sino hasta que la persona hiciera uso del acreditamiento, pero aún así no tendría la disponibilidad de acudir al banco a realizar retiros del patrimonio de la entidad financiera, pues el importe del crédito pasaría a ser del dominio del acreditado.

El Contrato de Apertura de Crédito es de ejecución sucesiva, por los retiros en diferentes tiempos que se realizan, y en el mutuo, su ejecución se da cuando el mutuario recibe la cantidad de dinero acordada para su consumo.

¹⁵² RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “Contratos bancarios, su significación en América Latina”..., Pág. 528. Lo que el Autor trata de decir al utilizar esa palabra es que sólo explica lo externo del contrato y no sus efectos ulteriores.

La “**Teoría del Contrato Preliminar**” representa otra de las grandes teorías que en su momento tuvieron un alto grado de aceptación, a diferencia de la anterior, con mayor respaldo¹⁵³.

Según esta teoría el Contrato de Apertura de Crédito tiene una función *instrumental o preparatoria*¹⁵⁴ de otros contratos definitivos que deben de celebrarse entre las partes; se caracteriza porque el contrato definitivo que se lleve a cabo no es más que un simple desarrollo estructural y corresponde en un todo a la naturaleza del primero¹⁵⁵.

La crítica a ésta teoría se enfoca principalmente en que se toma al contrato de Apertura de Crédito como un supuesto para que nazcan otros contratos siempre relacionados con el primero, y los cuales son necesarios para la ejecución de lo pactado, y definitivamente se puede decir que la Apertura de Crédito no constituye un contrato preliminar, pues los actos o contratos que el Banco celebra para su ejecución son de la más variada especie sin que exista una identidad con la naturaleza jurídica del primero¹⁵⁶.

¹⁵³ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “Contratos bancarios, su significación en América Latina”..., Pág. 529. En su momento tuvo mayor aceptación por no plantear que la Apertura de Crédito tenía su naturaleza en otro contrato.

¹⁵⁴ www.monografias.com/trabajos/tarjetacred/tarjetacred.shtml, consultada el 27 de julio de 2009. Es decir, el primer paso que se realiza, para llevar a cabo otro.

¹⁵⁵ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “Contratos bancarios, su significación en América Latina”..., Pág. 529. Además expone que el contrato en mención no sólo contiene una promesa de préstamo, sino también una importante cantidad y variedad de otros negocios adicionales al compromiso de suministrar medio de pago, conteniendo así otros contratos; es decir, sirve de antecedente o antesala a la celebración de otros contratos que se celebrarán en virtud de ejecutar lo acordado en la Apertura de Crédito, lo que lo vuelve como una promesa de préstamo, como lo considera ésta teoría

¹⁵⁶ Además el acreditante al celebrar el contrato de Apertura de Crédito, ha adquirido la obligación de cumplir las órdenes del acreditado en el momento, la cantidad y la forma en que hará uso del crédito, siempre respetando lo pactado, en consecuencia sabe cuáles son sus obligaciones como acreditante para el acreditado y tiene que hacer lo posible para que se cumpla lo acordado sin necesidad de estar

En el mismo sentido, no es posible de hablar de un contrato preliminar porque el Banco para la ejecución del contrato realiza además actos unilaterales de voluntad, no solamente formas contractuales, como el pago de una determinada suma de dinero a un tercero o la cancelación de un pagaré, formas que constituyen las otras modalidades de la Apertura de Crédito, por lo que no es un contrato preliminar.

La “**Teoría del Contrato definitivo**” es la de mayor aceptación en la actualidad, y expone que es un contrato definitivo porque genera efectos obligatorios para ambas partes contratantes desde el momento de su celebración, es decir, se perfecciona por el simple acuerdo de las partes, del cuál surge una disponibilidad a favor del acreditado y que se traduce en una serie de actos solutorios, surgidos de la decisión unilateral del acreditado y que corresponden a la obligación contraída por el acreditante¹⁵⁷; es la más aceptada porque no desnaturaliza al Contrato de Apertura de Crédito en ninguno de sus elementos y es el que mejor explica el funcionamiento de dicho contrato.

3.3.3.1.5 Modalidades del Contrato

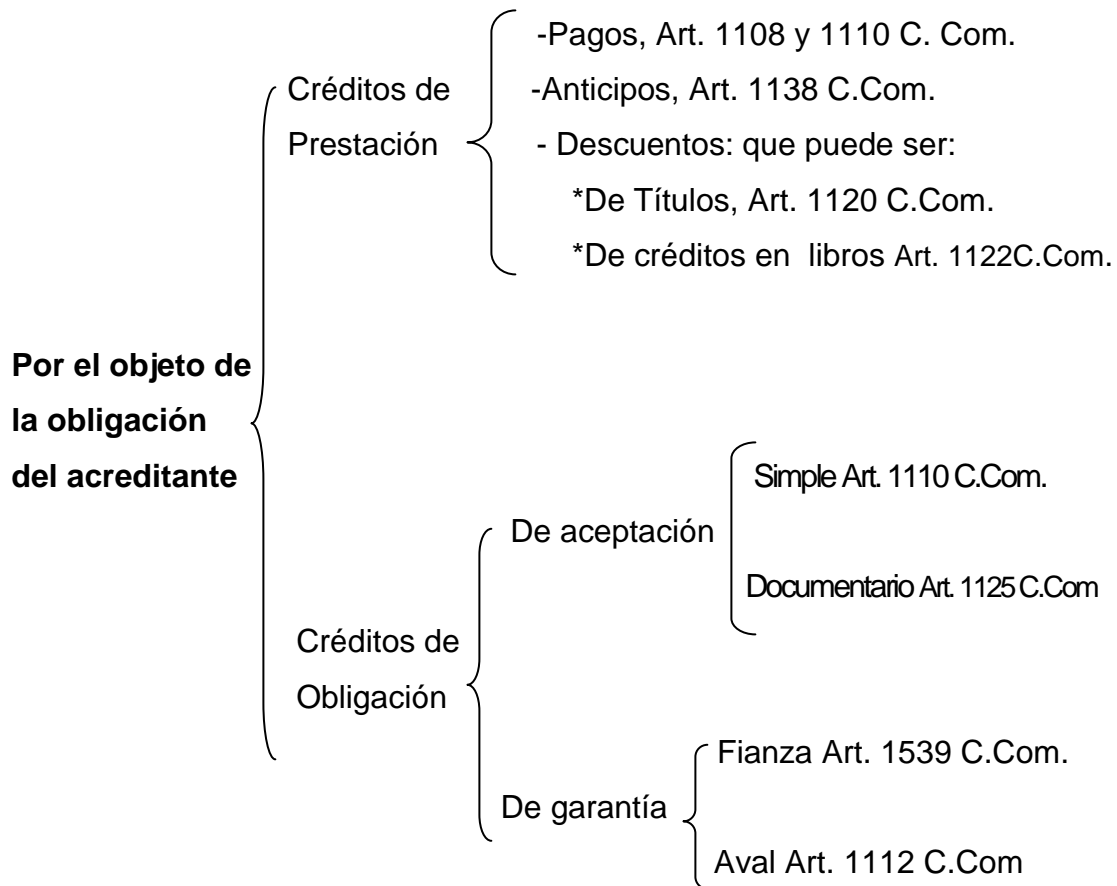
El Contrato de Apertura de Crédito puede presentarse en varias modalidades, no significa esto que las características propias del contrato se pierden, más bien la diferencia entre una y otra modalidad es el objeto de la

celebrando otros contratos porque es problema del banco qué actuaciones tendrá que realizar para poner a disposición el crédito requerido.

¹⁵⁷ Basta la voluntad unilateral del acreditado para que el contrato sea definitivo y obligatorio desde el día de su perfeccionamiento por el solo consentimiento.

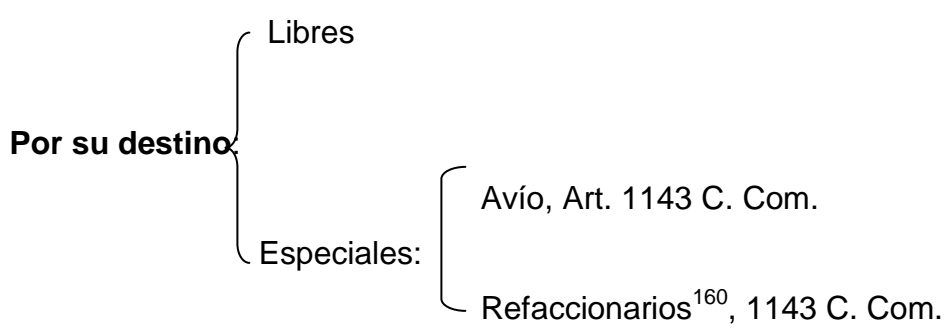
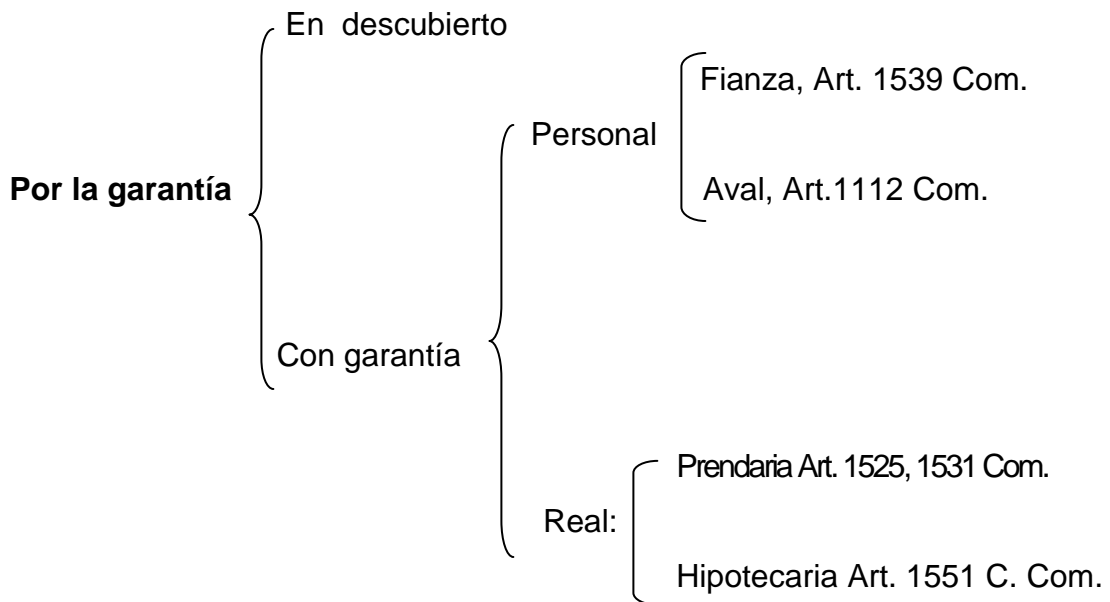
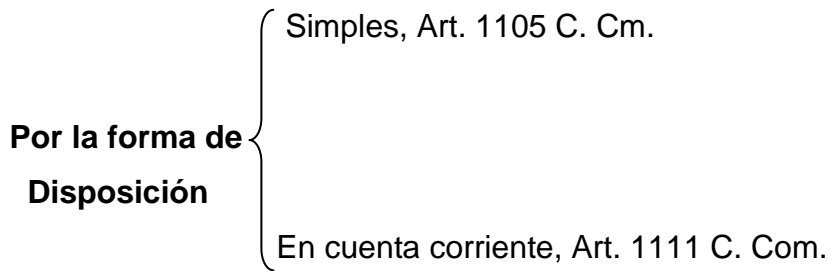
obligación del acreditante, por la forma de disposición, de la garantía o del destino del crédito¹⁵⁸.

Las modalidades son las siguientes¹⁵⁹:



¹⁵⁸ Es decir, no cambian los elementos constitutivos y propios del contrato, solamente son simples variantes que no afectan en nada a la figura principal.

¹⁵⁹ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín, “Derecho Bancario, Introducción, Parte General, Operaciones Pasivas”...Pág. 75. El Autor hace una clasificación muy específica de las modalidades de Apertura de Crédito, clasificación que es muy apegada a las clases que se encuentran reguladas en nuestro Código de Comercio, aunque no se encuentran de manera expresa como modalidades del contrato.



¹⁶⁰ El Código de Comercio los regula a partir del artículo 1142 bajo el acápite de Créditos a la Producción.

A) Por el objeto de la Obligación del Acreditante

Ésta clase de Apertura de Crédito atiende a lo que el Banco se compromete a realizar en virtud de la obligación contraída por el contrato¹⁶¹.

El objeto de la obligación es variada y no solamente se reduce a la entrega de dinero; así lo dispone el Código de Comercio en los Art. 1105 al 1158 y éstas a la vez pueden ser Créditos de Prestación y Créditos de Obligación.

A.1 Créditos de Prestación

Por medio de los Créditos de Prestación el Banco se obliga a realizar una prestación, la cuál consiste en poner a disposición del acreditado una determinada suma de dinero, comprometiéndose el banco a entregar la cantidad de dinero que éste requiera; la obligación del banco se puede cumplir, atendiendo a un verdadero servicio de caja a favor del acreditado¹⁶². El Banco puede realizar la obligación a través de pagos, anticipos y descuentos.

Si es por “**Pagos**” el Banco se obliga a poner a disposición del acreditado una determinada suma de dinero, y en virtud de ello, se obliga a realizar desembolsos parciales del importe del crédito del que dispone, lo

¹⁶¹ El Banco contrae una obligación al celebrar el contrato, genéricamente a poner a disposición un crédito, pero éste crédito puede ser utilizado de varias formas, no solamente consiste en la obligación de entregar una cierta cantidad de dinero requerida por el acreditado, también puede ser utilizado para que el banco asuma obligaciones del acreditado frente a terceros, o garantizar un crédito.

¹⁶² Implica que el acreditante entregue el dinero al acreditado cuando éste lo requiera en forma personal o cuando las órdenes para que debiten determinadas cantidades, atendiendo créditos de terceros, por cualquier forma que fuere.

que implica que le entrega la cantidad de dinero requerida, por el simple hecho querer disponer de él.

El Código de Comercio en los Artículos 1108 y 1110 dispone que: Art. 1108: *“Salvo pacto en contrario, el acreditado podrá disponer a la vista, total o parcialmente, del importe del crédito”*.

Art. 1110: *“En los crédito de pago o caja, se pondrá a disposición del acreditado el dinero; podrá disponer del crédito mediante el giro de letras, pagarés, cheques, o por la realización de un servicio de caja por cuenta del acreditado.*

*Si el acreditado es una empresa mercantil, los retiros podrán hacerse en mercaderías, si así se estipula en el contrato respectivo, en cuyo caso las facturas servirán para hacer uso del crédito”*¹⁶³.

El **“Anticipo”** es una clase de Apertura de Crédito, y es el contrato en el que el acreditante pone a disposición del acreditado una parte del valor de la garantía prendaria que éste le proporciona. La cuantía del mismo solo puede ascender al valor de una parte de la garantía, el importe del cual se determina por la calidad de las mismas y por las condiciones del mercado¹⁶⁴.

Éste tipo de Apertura de Crédito, se da generalmente en las casas comerciales o en los almacenes de depósito, y la prestación a la que se obliga, es a la entrega de dinero, el cual equivale a una parte del valor de la garantía prendaria que se ha depositado en dicho lugar, y en virtud de ella,

¹⁶³ Estos artículos hacen referencia a la prestación de entregar la suma de dinero de la que disponga el acreditado, siendo ésta, la entrega de dinero, sea que lo haga por cualquier medio que dispone el Art. 1100 del Código de Comercio.

¹⁶⁴ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín, , “Derecho Bancario Introducción, Parte General, Operaciones Pasivas”..., Pág. 85

se adquiere la disponibilidad de poder acceder a un crédito. Se dice que en virtud de éste contrato, la persona que tiene mercancías de las cuales no puede deshacerse, y necesita dinero, se dirige al acreditante, el cuál le otorga un crédito, por una parte del valor de las cosas que éste le de en prenda.

La prestación a la que se obliga el acreditante es a la entrega de dinero pero sobre el importe del crédito puesto a disposición del acreditado, cantidad que se pone a disposición en virtud de la constitución de una garantía real de prenda, que se constituye a favor del acreditante, pero no sobre todo el valor de la prenda, sino solamente sobre una parte, lo que significa, que el acreditado se obliga a la entrega de dinero, pero como anticipo, es decir, como adelanto a lo que pudiere captar por la venta de las mercancías o por el pago de obligaciones, garantizándose que en un futuro tendrá el dinero para cancelarle al acreditante en virtud del valor de las mercancías o títulos que se dieron en prenda, por lo que no es una simple entrega de dinero a la que se obliga el acreditado.

La prenda puede ser mercancías o títulos, de los cuales se tratará cuando se aborde el Contrato de Apertura de Crédito con garantía prendaria.

El “**Descuento**” es una clase de Apertura de Crédito, y por éste se entiende el contrato en el que el acreditante pone a disposición del acreditado una parte del valor de la garantía prendaria que éste le proporciona. La cuantía del mismo solo puede ascender al valor de una parte

de la garantía, el importe se determina por la calidad de las mismas y por las condiciones del mercado¹⁶⁵.

La prestación a la que se obliga el acreditante es a la entrega de dinero pero sobre el importe del crédito puesto a disposición del acreditado, cantidad que se pone a disposición en virtud de la constitución de una garantía real de prenda, que se constituye a favor del acreditante, pero no sobre todo el valor de la prenda, sino solamente sobre una parte, lo que significa, que el acreditado se obliga a la entrega de dinero, pero como anticipo, es decir, como adelanto a lo que pudiere captar por la venta de las mercancías o por el pago de obligaciones, garantizándose que en un futuro tendrá el dinero para cancelarle al acreditante en virtud del valor de las mercancías o títulos que se dieron en prenda, por lo que no es una simple entrega de dinero a la que se obliga el acreditado.

La prenda puede ser mercancías o títulos, de los cuales se tratará cuando se aborde el Contrato de Apertura de Crédito con garantía prendaria.

Existen dos tipos de descuentos, que son el de Títulos y el de Créditos en Libros. El de "**Títulos**" es un crédito en efectivo, concedido contra la entrega de títulos valores de contenido crediticio, entregando el descontante el importe del crédito contenido en el título, menos una deducción convenida al descontatario, por el pago anticipado.

¹⁶⁵ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín, "Derecho Bancario Introducción, Parte General, Operaciones Pasivas"... , Pág. 85. Este tipo de Apertura de Crédito, se da generalmente en las casas comerciales o en los almacenes de depósito, y la prestación a la que se obliga, es a la entrega de dinero, el cual equivale a una parte del valor de la garantía prendaria que se ha depositado en dicho lugar, y en virtud de ella, se adquiere la disponibilidad de poder acceder a un crédito. Se dice que en virtud de éste contrato, la persona que tiene mercancías de las cuales no puede deshacerse, y necesita dinero, se dirige al acreditante, el cuál le otorga un crédito, por una parte del valor de las cosas que éste le de en prenda

El descuento cambiario se hace mediante el endoso de los títulos al descontante, por medio del cuál se le transmitirá la propiedad del crédito, y en virtud de ello podrá reclamar del deudor cuando éste venza, el crédito que ampara; ésta clase de descuento la reconoce nuestro Código de Comercio en su Art.1120 que dispone:

“Son títulos descontables: la letras de cambio, el pagaré, los bonos de prenda, los cupones de acciones u obligaciones negociables y demás títulos valores análogos de contenido crediticio, siempre que sean a la orden.

El descuento se ejecutará mediante el endoso de los títulos.

Entre descontante y descontatario el descuento de títulos valores producirá todos los efectos del endoso pleno”.

El Artículo reconoce dos condiciones para que se pueda configurar el descuento de títulos:

- 1) Que los títulos a descontar sean a la orden: siendo que éstos se expiden a favor de persona cuyo nombre se consigna en el texto del documento¹⁶⁶.
- 2) Que el descuento se realice en virtud del endoso de los títulos que amparan el crédito: por disponer el Art. 659 Código de Comercio, que así serán transmisibles los títulos a la orden: *“Los títulos a la orden serán transmisibles por endoso, seguido de la entrega del documento, sin perjuicio de que puedan transmitirse por cualquier otro medio legal”.*

En cuanto al endoso, el Art. 1120 Código de Comercio en su último párrafo, dispone que: *“Entre descontante y descontatario el descuento de*

¹⁶⁶ Código de Comercio, Art. 657. Debe de constar que efectivamente el descontatario es ciertamente el propietario del crédito, y no mayor prueba que en el documento se consigne el nombre de éste.

títulos valores producirá todos los efectos del endoso pleno”, es decir, que se trasmite la propiedad del título del descontatario al descontante, legitimando a éste frente a terceros y hace responsable del pago del título al descontatario frente al descontante¹⁶⁷.

Es de aclarar que el banco recibe los documentos endosados en propiedad no en garantía¹⁶⁸. El importe del descuento será equivalente al monto total de los créditos descontados, deducido los intereses, pero además se puede pactar una comisión y otros gastos¹⁶⁹.

En defecto de pago del título descontado, el descontante puede regresar contra el descontatario y demás obligados cambiarios el pago del título.

El de “**Créditos en Libros**” es un Contrato de Apertura de Crédito en la que el acreditante o descontante se restituye del crédito que concedió, mediante el cobro de los derechos de crédito que le cede el acreditado o descontatario, con la diferencia que se requiere la existencia de documentos que amparen los créditos descontados, garantizados con títulos girados por éste a favor de aquel, y a cargo de los deudores de los créditos cedidos¹⁷⁰.

¹⁶⁷ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín, “Derecho Bancario, Introducción, Parte General, Operaciones Pasivas”... Pág. 81. Por endoso se debe entender el acto por el cual un tenedor legítimo de un títulovalor, lo transfiere a favor de un tercero o constituye a favor de éste determinados derechos o le delega determinadas facultades; es la simplificación al máximo de las formalidades de traspaso de un documento.

¹⁶⁸ Contra la entrega de esos documentos se deberá de suscribir el contrato de descuento. Suscrito éste, el banco entregará por caja al cliente o acreditará en su cuenta el importe del crédito.

¹⁶⁹ VILLEGAS, Carlos Gilberto, “El Crédito Bancario”... Pág. 45. Significa que el acreditado no recibe por el título el valor nominal, sino el que resulta de deducir, los rubros antes mencionados

¹⁷⁰ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín, “Derecho Bancario Introducción, Parte General, Operaciones Pasivas”..., Pág. 82. En virtud de ésta modalidad de Apertura de Crédito, el acreditado

El Código de Comercio en su Art. 1122, dispone que para que se configure éste contrato se deben de dar ciertos supuestos:

“Los créditos abiertos en los libros de comerciantes podrán ser objeto de descuentos, si reúnen las siguientes condiciones:

- I.- Que los créditos sean exigibles a término o con previo aviso.*
- II.- Que haya prueba escrita de la existencia de los créditos.*
- III.- Que el descuento se haga constar en documento que mencione nombre y domicilio de los deudores, el importe de los créditos, el tipo de interés pactado y los términos y condiciones de pago, adicionándose con las notas que documentan los créditos descontados.*
- IV.- Que el descontatario entregue al descontante pagarés o letras giradas la orden de éste, a cargo de los deudores, en los términos convenidos para cada crédito. El descontante no quedará obligado a la presentación de los títulos para su aceptación o pago; sólo podrá usarlos en caso de que el descontatario no entregue al descontante, a su vencimiento, el importe de los créditos respectivos”.*

En cuanto a la restitución del crédito, el acreditado debe de pagar al acreditante los intereses que se fijan y tiene la obligación de exigir el cobro de los créditos cedidos al descontante, para restituir el crédito; si éste no lo hace el 1122 antes consignado, nos dice en su último romano que el descontante sólo podrá utilizar o disponer de los créditos en caso de que el descontatario no entregue a éste el importe de los créditos respectivos, a su vencimiento y según el Art. 1124 del Código de Comercio vigente, si esto pasara: *“El descontatario será mandatario del descontante, en cuanto se*

pone a disposición del acreditado la suma convenida, que deberá de serle restituida en un determinado plazo, el cuál es convenido al momento de celebrar el contrato.

refiere al cobro de los créditos descontados y tendrá las obligaciones y las responsabilidades que al mismo corresponden inclusive penales”.

El Art. 1123 del Código de Comercio dispone que el descontante tiene la facultad de examinar los libros y correspondencia del descontatario, pero solamente en cuanto a las operaciones relacionadas con los créditos descontados, esto es para garantizarse la cierta y conveniente existencia de los créditos¹⁷¹.

A.2 Créditos de obligación o de firma

Se da cuando lo que se utiliza no es propiamente el dinero, sino la capacidad de crédito del banco que surge de su intervención como suscriptor de un documento y posibilita al acreditado o a un tercero para procurarse recursos; es decir el banco asume una obligación de pago del acreditante, es decir concede el respaldo que su firma significa, y esto posibilita no solamente una rápida y conveniente negociación de títulos valores, sino además la celebración de contratos con terceros, que gracias a la presencia del Banco, los realiza sin dificultad; entre éste tipo de crédito se encuentran el de Aceptación y el de Garantía.

En el de “**Aceptación**” el acreditante se obliga a aceptar las órdenes de pago giradas, sea por su cliente o a cargo de él, y desde éste punto, se dividen en simples y Crédito Documentario.

¹⁷¹ De ahí el nombre de la figura del descuento de créditos en libros, porque el crédito debe de estar respaldado en los libros de los comerciantes, los cuales son sus deudores, porque debe de haber prueba escrita de la existencia de ellos.

“Simples”: Una de las formas más interesantes de utilizar el Contrato de Apertura de Crédito es pedir al Banco que acepte títulos de cambio girados por el propio librador y a su orden o girados por un tercero, en las mismas condiciones y de acuerdo con las instrucciones del acreditado.

Ésta forma de utilización del contrato es regulada en el Código de Comercio, primer párrafo del Art. 1110: *“En los créditos de pago o caja se pondrá a disposición del acreditado el dinero; podrá disponerse del crédito mediante el giro de letras, pagarés, cheques o por la realización de un servicio de caja por cuenta del acreditado”*.

Se da la forma simple de la aceptación; el tenedor del título o portador presenta al acreditante, (que constituye el librado en el caso de ésta figura), el título valor girado por el acreditado para su aceptación, quien se compromete a pagarla, y es aquí donde radica la diferencia de los crédito de prestación, porque el Banco no se obliga al pago inmediato sino que se obliga al pago de una deuda del acreditado¹⁷².

El **“Crédito documentario”** es el Contrato de Apertura de Crédito por medio del cuál se concede un crédito al acreditado, para pagar letras documentadas a su cargo y a favor de un tercero; el acreditante en consecuencia, podrá pagar al tercero las letras documentadas o aceptar títulos valores a favor del mismo tercero; el acreditante deberá de exigir la entrega de los documentos, contra la aceptación o pago de las letras respectivas¹⁷³.

¹⁷² En virtud de la aceptación, el Banco se convierte en el obligado final del pago del título presentado, o aquel que no tiene acción en vía de regreso.

¹⁷³ LARA VELADO, Roberto, “Introducción al Estudio del Derecho”...Pág. 218. Esta figura requiere para que el título sea aceptado por el Banco, la entrega de documentos pertinentes, los cuáles

El Código de Comercio en su Art. 1125, define el contrato en mención de la siguiente manera:

“Por el Contrato de Apertura de Crédito Documentario, el acreditante se obliga para con el acreditado a pagar a un tercero, determinada suma, contra la entrega que éste hará de documentos que servirán de garantía al primero para reclamar al segundo el pago de la remuneración pactada y de las expensas causadas por el contrato.

En vez de hacer en efectivo el pago al tercero, el acreditante puede obligarse a aceptar títulosvalores librados a favor de éste”.

El acreditado no recibe su importe, más bien se entrega a un tercero que es beneficiario contra la entrega de ciertos documentos representativos, diferenciándose así de la aceptación simple.

El Art. 1133 Código de Comercio establece que será el acreditado quien indicará al acreditante qué documentos deberá de exigir para la aceptación de los títulos valores que se le presenten; pero puede darse que no se haya indicado los documentos a exigir y en éste caso el mismo artículo dispone que a falta de indicación podrá requerir los siguientes, según sea el caso:

- I- Para transporte marítimo o aéreo, conocimiento de embarque en forma negociable.
- II- Para el transporte terrestre, carta de porte en forma negociable.
- III- Para operaciones Internacionales, documentos consulares.

generalmente pueden ser facturas, conocimientos de embarque o carta de porte, certificado de depósito, póliza de seguro y documentos consulares.

IV- Para todos los casos, póliza o certificado de seguro transmisible y factura de las mercancías.

Además establece que el acreditante puede no exigir los documentos de seguro, si obtienen del beneficiario la prueba suficiente, a su juicio, de que el seguro está cubierto por el acreditado o por el destinatario de las mercancías.

Los documentos requeridos para la aceptación, sirven al acreditante como garantía adicional para el pago del crédito, gastos y comisión¹⁷⁴.

“Crédito Documentario Revocable”: Se llama revocable al crédito comercial concedido, reservándose el acreditante el derecho de revocar el crédito a su arbitrio; para que éste tipo de crédito se configure, es necesario que se haya pactado así expresamente; las partes deben de consentir contratar un Crédito Documentario de ésa clase y consignarlo expresamente en el contrato, porque esto significa que el acreditado se somete a los efectos que causa el acuerdo, es decir, la facultad del acreditante de cancelar o modificar el contrato cuando él lo desee. Esta exigencia se encuentra regulada en el Código de Comercio:

¹⁷⁴ SALAZAR CH., Mariano Hector, “La Apertura de Crédito”, Tesis UES, San Salvador, El Salvador. 1968. Pág. 30. Se habla de esos tipos de documentos porque éste contrato se da generalmente para atender los pagos del comercio exterior, permiten que el importador – comprador, disponga de dinero para pagar las mercaderías que amparan los títulos que los representan, antes de que sean recibidas; así mismo le permite al vendedor – exportador, cobrar por la referidas mercancías en cuanto las entregue para ser enviadas, sin esperar que éstas lleguen a su destino. Ésta constituye además una garantía de pago para el vendedor, pues así antes que las mercancías sean enviadas, tiene la certeza que le serán pagadas, por lo que primero presenta al Banco el títulovalor a cargo del acreditante para su aceptación, comprobando lo comprado, por los documentos que se exigen para tal efecto.

Art. 1127: *“Toda apertura de crédito documentario no declarada revocable y para lo cuál se haya pactado plazo de vigencia, será irrevocable”*.

La facultad que se le concede al acreditante en virtud del contrato, de reservarse su derecho de suspender en cualquier momento su decisión respecto del crédito, no significa una indefensión para el acreditado, porque el Código de Comercio en su Art. 1128¹⁷⁵, exige que el acreditante debe de notificar su decisión a su cliente:

“Crédito Documentario Irrevocable”: Se configura ésta clase de crédito cuando el acreditante se obliga a mantenerlo durante un cierto plazo¹⁷⁶, siendo esto último la diferencia con el Crédito Documentario Revocable.

La obligación de mantener el crédito durante cierto tiempo no significa que el acreditante no lo pueda modificar o cancelar; la Ley le otorga la posibilidad de hacerlo pero no a su libre decisión, sino que con el consentimiento del acreditante, del acreditado y del tercero beneficiario, tal como lo dispone el Art. 1129 Código de Comercio:

“El crédito Irrevocable obliga al acreditante frente al tercero beneficiario y no podrá ser cancelado o modificado, sin la conformidad de los tres interesados”.

¹⁷⁵ Art. 1128: *“El crédito revocable puede ser cancelado en cualquier momento por el acreditante, pero éste tendrá la obligación de notificar su decisión al acreditado y al tercero beneficiario”*. Código de Comercio.

¹⁷⁶ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín, “Derecho Bancario, Introducción, Parte General, Operaciones Pasivas”...Pág. 83. Es que en ésta clase el plazo de vigencia del crédito es establecido por las partes y no se deja al arbitrio del acreditante la decisión, en cambio se obliga a mantenerlo mientras dure ése plazo.

Una semejanza que se puede apuntar en entre ambas clases de crédito documentarios es que ambas deben de ser notificadas; mientras que en la revocable es obligación notificar la decisión unilateral tomada por el banco a los demás interesados, en la irrevocable se notifica para que el beneficiario acepte o no la decisión del banco, y esto se puede encontrar en el Art. 1130 del Código de Comercio:

“El crédito irrevocable podrá ser notificado al tercero beneficiario por conducto de otro comerciante, quien, si lo confirma, responderá solidariamente de su cumplimiento”¹⁷⁷.

La notificación a través de otro comerciante no es la única forma por la cuál se puede realizar éste presupuesto, también por la forma que dispone el Art. 1132, es decir, por medio de la carta de crédito.

Los Créditos de obligación también pueden ser de “**Garantía**”, en ésta modalidad de Apertura de Crédito el acreditante contrae una obligación frente al acreditado; aquí tampoco el acreditado recibe dinero, más bien el Banco actúa como garante del pago de los créditos que ha contraído su cliente, por lo que el Banco puede contraer una obligación de Fianza o Aval.

La “**fianza**” constituye una garantía personal, y en sí es una obligación accesoria a cargo de uno a más personas, que se denominan fiadores, los

¹⁷⁷ Se habla del tercero beneficiario, porque es frente a éste que se obliga el acreditante, y porque es a él a quien se le realizará el pago que requiera del acreditante, por medio de la presentación de ciertos documentos, pero esto no significa que no debe de ser comunicado al acreditado, porque esto significaría una violación a los dispuesto en el Art. 1129 Código de Comercio antes mencionado.

cuáles se comprometen para con el acreedor de la obligación principal, a cumplir ésta total o parcialmente, en defecto del deudor¹⁷⁸.

El Art. 1539 del Código de Comercio dispone que: *“Es mercantil el contrato de fianza que se constituye por empresas que, dentro de su giro ordinario, practiquen dicha operación y la otorgada por instituciones bancarias”*.

El Código de Comercio no regula expresamente ésta modalidad de Apertura de Crédito, pero el Art. 1539 Código de Comercio menciona que puede ser otorgada por instituciones bancarias, y la forma de funcionar de la fianza en éste caso es que el acreditado celebre un contrato de Apertura de Crédito en el cuál se comprometa a poner a disposición una determinada cantidad de dinero con la finalidad de que el banco pague en defecto de él o cuando el acreedor requiera primero el pago de al acreditante, de una deuda contraída y esto debe de especificarse, porque una de las cláusulas que integran el contrato, es el destino de los recursos, debiendo de determinarse además, para que el banco desembolse la cantidad requerida por el acreedor; en otras palabras debe de especificarse que el banco fungirá como fiador del acreditado y que le realizará el pago a un tercero beneficiario¹⁷⁹.

¹⁷⁸ LARA VELADO, Roberto, “Introducción al Estudio del Derecho Mercantil”,... Pág. 266. En éste tipo de Apertura de Crédito, la figura de la fianza termina siendo un crédito más otorgado al acreditado, pero en éste caso, es éste quien ha contraído un crédito con una tercera persona y en ésta deuda es el banco el fiador que garantiza el pago de la deuda, por lo que en esencia es un crédito de firma el que el banco otorga su respaldo de pago de la deuda contraída por el acreditado.

¹⁷⁹ Pero el acreditado debe de tener ésta disponibilidad de dinero antes de convertirse en deudor de otro crédito, pues en el momento de celebrar un contrato de mutuo o préstamo, debe de consignarse en el mismo contrato quien actuará como fiador de él, y así el fiador debe de tener conocimiento de ésta situación, e intervenir y firmar además el contrato, que en éste caso será la institución financiera. El banco contrae una obligación de pago, pero no para el acreditado, sino a sus acreedores, otorgando la garantía de pago que su firma representa, pero frente al acreditado se obliga al pago de una determinada suma de dinero a un tercero beneficiario cuando se cumpla el supuesto del no pago del deudor principal o cuando el beneficiario elija requerir el pago primero del banco

En la fianza mercantil, el fiador responde solidariamente por el deudor, sin gozar del beneficio de excusión de bienes. En esencia es un contrato de Apertura de Crédito simple, siendo su variante el destino del crédito y que actúa como fiadora en un crédito que contrae posteriormente el acreditado.

El “**Aval**” es una obligación solidaria dada por la persona que lo constituye y que se llama avalista, a favor de alguno de los obligados por el títulovalor, que se llama avalado; nuestro Código de Comercio reconoce ésta modalidad en su Art. 1112:

“Salvo pacto en contrario, siempre que en virtud de una apertura de crédito el acreditante se obligue a aceptar u otorgar letras, a suscribir pagarés, a prestar su aval o, en general, a aparecer como endosante o signatario de un título por cuenta del acreditado éste quedará obligado a constituir en poder del acreditante la provisión de fondos suficientes, a más tardar el día hábil anterior a la fecha en que el documento aceptado, otorgado o suscrito, deba hacerse efectivo.

La aceptación, el endoso, el aval o la suscripción del documento, como la ejecución del acto de que resulte la obligación que contraiga el acreditante por cuenta del acreditado, deba éste o no constituir la provisión mencionada, disminuirán el saldo del crédito, a menos que otra cosa se estipule; pero aparte de los gastos y comisiones que se causen por el uso del crédito, el acreditado sólo estará obligado a devolver las cantidades que suministre el acreditante al pagar las obligaciones que hubiere contraído, y a cubrir los intereses que correspondan a tales sumas”.

El aval puede darse a favor de cualquiera de los signatarios de un título valor, sea del librador, del aceptante o de cualquiera de los endosantes¹⁸⁰; no es necesario que la disposición de dinero se haga antes que el acreditado sea signatario de un título, puede constituirse después.

La apertura de Crédito el banco adquiere una obligación frente a un tercero, es decir, avalando un título a cargo del acreditado, lo que significa que el Banco garantiza el pago de la obligación que contiene el título.

B) Por la forma de disposición:

Esta clasificación atiende a la forma en que hará uso del crédito y puede ser Simple o en Cuenta Corriente.

B.1 Simple

La apertura de crédito es "**Simple**", cuando la utilización de los fondos puestos a disposición, agota para el acreditado su derecho y satisface, en consecuencia la obligación del banco¹⁸¹; si el acreditado realiza pagos por adelantado éstas se abonan a la cancelación del crédito, pero no a aumentar

¹⁸⁰ LARA VELADO, Roberto, "Introducción al Estudio del Derecho Mercantil",... Pág. 159. El aval es uno de los actos cambiarios que se verifican para el pago de un títulovalor, en consecuencia ésta figura se da específicamente en el caso de títulosvalores. Es decir que por medio del aval, se garantiza el pago de un títulovalor, sea todo el importe del crédito que ampara el título, o en parte

¹⁸¹ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, "Contratos bancarios, su significación en América Latina"....Pág. 521. Al hacer uso del total del importe del crédito, se extingue la obligación del Banco de mantener la disponibilidad de crédito conferida, por lo que nace la obligación del acreditado de restituir el crédito.

la disponibilidad de crédito. Ésta es la forma que regula el Art. 1105 Código de Comercio¹⁸².

El acreditado debe de disponer de la suma puesta a disposición de una sola vez, y no tiene derecho a hacer reembolsos parciales que hagan recuperar al crédito su cuantía primera, por lo que al ir disponiendo parcialmente del importe del crédito, va disminuyendo su saldo a favor y al acabarse el crédito, el banco no puede desembolsar más dinero para el acreditado, aunque haya hecho pagos por adelantado, pues al acabarse la suma, el acreditado se convierte automáticamente el deudor del acreditante, debiendo de restituir el importe del crédito al Banco; es decir, con cada retiro que haga el acreditado del importe del crédito se va acabando la suma puesta a disposición y agotado éste no es posible, durante la vigencia del contrato, que el cliente pueda requerir nuevas entregas.

Si el acreditado realiza pagos por adelantado éstas se abonan a la cancelación del crédito, pero no a aumentar la disponibilidad de crédito. Ésta es la forma que regula el Art. 1105 Código de Comercio.

B.2 En Cuenta Corriente

El contrato de Apertura de Crédito es en “**Cuenta Corriente**” si se conviene de modo expreso que el acreditado podrá disponer del importe del mismo en uno o en varios actos, al mismo tiempo que tiene el derecho de

¹⁸² Art. 1105 “*Por la Apertura de Crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma convenida, obligándose a su vez el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o el importe de la obligación que contrajo, y a pagarle los intereses, gastos y comisiones que se hubieren estipulado*”. Código de Comercio.

rembolsar total o parcialmente la parte del crédito del que haya dispuesto, para aumentar la cuantía de la cantidad disponible¹⁸³.

El Art. 1111 del Código de Comercio reconoce ésta modalidad de Apertura de Crédito y dispone:

“La apertura de crédito en cuenta corriente da derecho al acreditado a hacer remesas de dinero a favor del acreditante, antes de la fecha fijada para la liquidación, en reembolso parcial o total de las sumas de que hubiere dispuesto, pudiendo, mientras el plazo fijado para usar el crédito no concluya, disponer del saldo que resulte a su favor.

Durante la vigencia del plazo, los efectos del contrato no se extinguen aun cuando se haya dispuesto del importe total del crédito; el acreditado podrá hacer remesas, que constituyen saldo del crédito a su favor”.

A ésta modalidad también se le conoce como Apertura de Crédito Rotatoria. El funcionamiento de éste contrato es a través de un sistema de cuenta corriente contable, en el sentido de que existe un crédito a favor del cliente que se disminuye por los retiros que realiza y se reconstituye por los abonos¹⁸⁴.

¹⁸³ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín, “Derecho Bancario, su significación en América Latina”... Pág. 79. En virtud de ésta modalidad, si el acreditado utiliza la totalidad del crédito pero lo rembolsa, si aún se encuentra vigente el contrato, podrá nuevamente hacer utilizations por todo o parte de la suma puesta a su disposición, es decir que le asiste al acreditado el derecho de reconstituir o reponer, total o parcialmente, la disponibilidad en cuenta corriente a fin de poder utilizarla nuevamente, dentro de lo pactado

¹⁸⁴ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “Contratos bancarios, su significación en América Latina”...Pág. 532. Por el contrato de cuenta corriente, el Banco se obliga a convertir sus créditos en partidas de debe y haber, haciéndose exigible solamente la diferencia final que resulte procedente de la liquidación respectiva, radicando ahí, la razón por la cuál pueden hacerse reembolsos de las cantidades retiradas por el acreditado.

C) Por la Garantía

Atiende a si el pago del importe del crédito por parte del acreditante al acreditado se encuentra respaldada con algún tipo de garantía, por lo que puede ser en Descubierto o con Garantía.

C.1 Descubierto:

El pago del importe del crédito por parte del acreditado no se encuentra asegurado por ninguna garantía; el Banco otorga el crédito en virtud del resultado de éste en un estudio que se hace con anterioridad al cliente en donde se evalúa su situación económica, sus condiciones personales y los riesgos que implica la concesión del crédito a esa persona, y si resulta aprobado y bien evaluado, solamente confía en su solvencia económica para otorgar el crédito y en su capacidad de pago.

C.2 Con Garantía

El pago del importe del crédito por parte del acreditante puede estar asegurada por la constitución de garantía, y ésta puede ser Personal o Real.

Entre las garantías "**Personales**" esta "**La fianza**", que constituye una obligación accesoria contraída por un tercero, garantizando el cumplimiento de la obligación principal, y en el caso de la Apertura de Crédito, el obligado principal es el acreditado y debe de restituir el importe del crédito al vencimiento del plazo, y si el acreditado no paga, entonces entra a escena el fiador, porque él se obligó a pagar dicho importe, si se daba la condición del

no pago del deudor principal, y virtud de la obligación accesoria contraída, el Banco puede requerirle el pago total o parte del crédito¹⁸⁵.

En el caso de la Apertura de Crédito en Cuenta Corriente, el fiador no actúa haciendo pagos para que aumente el saldo a favor del acreditado, sino al final del plazo del contrato, y en éste tiempo es cuando el Banco le requerirá el pago completo del crédito, y es entonces cuando se puede hacer efectiva la garantía personal de la fianza.

Junto a la Fianza se encuentra “**el aval**”, que en el Art. 725 del Código de Comercio se define como:

“Mediante el aval se garantiza, en todo o en parte, el pago de la letra de cambio”.

Es decir, el aval es el acto formal mediante el cuál un tercero o cualquier firmante de ella se compromete a pagar el importe de una letra de cambio a su vencimiento, en defecto del cumplimiento de la obligación por parte del avalado¹⁸⁶.

¹⁸⁵ El Banco al momento de celebrar un Contrato de Apertura de Crédito puede requerirle a su cliente, como condición para la celebración del Contrato, que el pago este asegurado con la fianza, porque posiblemente la situación de solvencia del cliente no esté muy bien, y se tenga un pequeño riesgo que no podrá pagar, por lo que si él no paga, no le costará mucho tiempo en recuperar su dinero invertido, por la razón que responderá otra persona con el pago.

¹⁸⁶ Derecho Mercantil “Los títulos valores” serie de recopilación de separatas. Pág. 50. El aval opera para garantizar el pago de un títulovalor, y su forma de constituirse es que dicha garantía puede constar en el título o en una hoja por separado que se le deberá de adherir en la que se consignará: “por aval” u otra equivalente y deberá de llevar la firma del avalista; aún puede ser que no se consigne la formula antes dicha, solamente una firma, y si no se le puede atribuir otro significado a la firma, ésta valdrá como aval.

El aval se diferencia de la fianza en que el primero es una garantía cambiaria, y ello da lugar a que la obligación del avalista sea autónoma en su esencia y accesoria en su aspecto formal¹⁸⁷.

La garantía del aval funciona en la Apertura de Crédito en el caso del Crédito Documentario, el Descuento y el Anticipo, en donde se utilizan los títulosvalores, para reclamar el pago del importe del crédito puesto a disposición del acreditado, por lo que el Banco puede requerir que el título valor que se haya dado en prenda, descontado o anticipado, se encuentre avalado, y así se asegure el pago del título que se encuentra en su poder.

La garantía “**Real**” se da cuando el Banco se garantiza la restitución del importe del crédito sobre los bienes que pueden ser propios del acreditado o de un tercero, y éstas pueden ser Prendaria¹⁸⁸ e Hipotecaria.

Por el contrato de empeño o “**prenda**” se entrega una cosa mueble (Que se denomina Prenda) a un acreedor (Que se denomina Acreedor Prendario) para la seguridad de su crédito¹⁸⁹.

El Art. 1525 del Código de Comercio dispone: “*Es mercantil la prenda constituida a favor de empresa cuyo giro ordinario comprenda el*

¹⁸⁷ Se dice que la obligación del avalista es autónoma porque aunque la obligación que garantiza sea nula por cualquier causa, su obligación de garantía subsiste y en consecuencia queda obligado solidariamente con el firmante que ha garantizado: la obligación del avalista solamente carece de validez, cuando su ineficacia provenga de un vicio formal de la letra de cambio.

¹⁸⁸ La garantía real de prenda constituye una obligación accesoria, la que asegura el cumplimiento de la obligación principal, pero no por medio de requerir el pago a otra persona, sino que el acreedor se paga en virtud del bien que se ha dejado en prenda que puede ser del deudor o de un tercero

¹⁸⁹ Art. 2134.- “*Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito. La cosa entregada se llama prenda. El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario*”. Código Civil.

otorgamiento de créditos con garantía prendaria. También lo es la que se constituye sobre cosas mercantiles”.

El pago del importe del crédito concedido en virtud del Contrato de Apertura de Crédito puede estar asegurado por garantía prendaria, situación que deberá de estipularse en el contrato y hacer la entrega de los bienes dados en prenda, la cuál podrá hacer materialmente al Banco o bien pactar que esté en poder de un tercero

La prenda puede ser sobre títulos valores¹⁹⁰ o sobre bienes; según el Art. 1531 Código de Comercio, la prenda sobre títulos valores se constituye por los siguientes medios:

- I. Por endoso en prenda de los títulos a la orden.
- II. Por ese endoso en prenda y registro, si fueren nominativos.
- III. Por ese mismo endoso y notificación judicial o notarial al deudor, si el título fuere no negociable.
- IV. Por la transmisión del bono de prenda.
- V. Por la simple entrega de los títulos, si fueren al portador. En éste caso, el constituyente deberá de exigir recibo con expresión del concepto de la entrega.

Si la prenda recae sobre bienes, se tiene que hacer la entrega de dichos bienes al Banco, pero en éste caso puede haber prenda con desplazamiento o sin desplazamiento, y en cuanto a ésta última, según el Código de Comercio en su Art. 1530:

¹⁹⁰ En cuanto a la prenda sobre títulosvalores, ésta se constituye en títulos de contenido crediticio, como: las letras de cambio, los pagarés, los cupones de intereses, los bonos de fundador; sobre títulos representativos de mercancías como: certificados de depósito, bonos de prenda, conocimientos de embarque; y sobre títulos de participación como: acciones u obligaciones.

“Art. 1530.-La prenda podrá constituirse sin desplazamiento de los bienes pignorados, que seguirán en poder del constituyente cuando recaiga sobre bienes necesarios para la explotación de una empresa y en los casos en que este Código lo permita.

La prenda sin desplazamiento no surtirá efecto en contra de terceros, si no se inscribe en el Registro de Comercio o en el de Propiedad, en su caso...”.

La prenda sin desplazamiento es aplicable a los créditos a la producción que se detallaran cuando se trate ésta modalidad de Apertura de Crédito.

Otro tipo de garantía real es la **“Hipotecaria”** que *“es un derecho constituido sobre inmuebles a favor de un acreedor para la seguridad de su crédito, sin que por eso dejen de aquéllos de permanecer en poder del deudor”¹⁹¹.*

El Banco garantiza su pago en virtud de la constitución de la garantía real de la hipoteca, es decir, el deudor responde del pago sobre bienes inmuebles que pueden ser suyos o de un tercero que exprese su consentimiento que así sea.

D) Por su destino:

Una de las cláusulas importantes del contrato de Apertura de Crédito es el destino de dicho crédito, que puede ser Libres o Especiales.

¹⁹¹ Código Civil, Art. 2157. Para que la hipoteca surta efectos, debe de ser inscrita en el Registro de la Propiedad, Raíz e Hipotecas, es más, la Ley requiere que sea así, de lo contrario no tendrá valor alguno.

D.1 Libres:

Cuando queda a libertad del acreditado el destino que le dará al crédito, puede ser porque sea empleado en una variedad de gastos del cliente que no constituya una finalidad importante de establecer; es decir, el acreditado dispone a su arbitrio del importe del crédito concedido.

D.2 Especiales:

En cuanto a su destino y por la necesidad de no celebrar un simple contrato de Apertura de Crédito, sino un contrato especial, pueden ser de Avío o Refaccionarios.

Se llaman créditos a la producción a un grupo de Aperturas de Crédito que se caracterizan por su destino y por su garantía¹⁹²; el Código de Comercio en su Art. 1143 dispone cuáles son los créditos a la producción:

- I.- El de habilitación o avío, que se utiliza para trabajos agrícolas, ganaderos o industriales, cuyo rendimiento se produce, por lo regular, dentro del período de un año.
- II.- El refaccionario mobiliario, destinado a la compra e instalación de maquinaria en general, accesorios de ésta, animales de trabajo y otros implementos para la agricultura, la ganadería o la industria, que

¹⁹² RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín, “Derecho Bancario, Introducción, Parte General, Operaciones Pasivas”...Pág. 87. El acreditado se obliga a invertir el crédito concedido en lo que expresamente de indica en el contrato, y en ésta clase de contratos, lo puede emplear en la adquisición de materiales para la producción, o los gastos que le implique dicho proceso productivo, los cuales se deben de detallar en el contrato. Otra característica que diferencia éste contrato de las demás modalidades que se han enunciado, es en cuanto a la garantía real o personal que se proporcionen para asegurar al acreditante, el pago del crédito, porque la garantía básica o típica que se otorga, la constituyen las mercancías, productos o frutos conseguidos mediante el crédito y las maquinarias, instrumentos, plantas industriales o empresas en las que se haya invertido el crédito.

se paga en amortizaciones periódicas, según la productividad de la inversión.

III.- El refaccionario inmobiliario, destinado a construcciones, como establos, galerones, silos, bodegas, gallineros, cercas y otras instalaciones similares, plantaciones agrícolas permanentes, drenajes, abastecimientos de aguas, sistemas de irrigación u otros semejantes, que se paga en la misma forma que el refaccionario mobiliario.

IV.- El ganadero o pecuario, destinado al fomento de la ganadería y sus industrias derivadas, y a la compra de animales para crianza o engorde, que se paga al vencimiento de los respectivos plazos o por amortizaciones periódicas de acuerdo con la productividad de la inversión.

V.- El industrial, destinado a satisfacer las necesidades de las industrias extractivas y de transformación que se paga al vencimiento de los respectivos plazos o por amortizaciones periódicas, según la productividad de la inversión.

También se considerarán como créditos a la producción, los destinados a pagar deudas, cuyos fondos se hayan invertido en los objetos indicados en este artículo.

Básicamente se puede decir que existen dos tipos generales de créditos a la producción: “*el de habilitación o avio y el refaccionario*”. Se llama “**Crédito de habilitación o de avio**” a la Apertura de Crédito, en la que el importe del crédito concedido tiene que invertirse en la adquisición de materias primas y materiales, en el pago de jornaleros, salarios y gastos directos de explotación indispensables para los fines de la empresa, quedando garantizado con las materias primas y materiales adquiridos y con

los frutos, productos o artefactos que se obtengan con el crédito, aunque sean futuros o pendientes¹⁹³.

En éste contrato, el que concede el crédito se llama aviador, y el que lo recibe el aviado. En un proceso de producción, se están dando continuamente gastos que son necesarios hacer para el final esperado, es decir, que la actividad de el fruto esperado, por lo que a medida se van dando éstas necesidades para la producción, el acreditado puede recurrir a la suma que se le ha puesto a disposición, siempre y cuando se haya pactado un Contrato de Apertura de Crédito.

Por Ley, éste tipo de contratos se encuentran asegurado con una garantía que es muy propia de ellos, siendo la garantía prendaria sin desplazamiento¹⁹⁴; se dice que la prenda sin desplazamiento que se da en éste tipo de contrato, es una combinación de prenda y depósito, por la razón que el acreedor prendario tiene un gravamen real sobre los bienes pignorados, pero no la detentación material de los mismos, por lo que no se trata de un contrato real como en el caso de la prenda civil¹⁹⁵.

¹⁹³ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín, “Derecho Bancario Introducción, Parte General, Operaciones Pasivas”...Pág. 88. Lo dispuesto para el contrato de avio, es igual en el caso de la producción agrícola, la industrial y para empresas comerciales, por ello el contrato habilitación es el general y los demás son otras modalidades de éste contrato, porque en todos se concede lo mismo, variando el rubro de la producción

¹⁹⁴ Se constituye una prenda sin desplazamiento, porque se constituye sobre las materias primas que se adquieren para el proceso de producción, los productos elaborados y semielaborados procedentes del mismo proceso, la maquinaria, aperos y equipos destinados a utilizarse en el proceso de producción, sea éste agrícola, ganadero o industrial; los animales y sus productos, y los frutos pendientes o recolectados de la propiedad en que se realizan los cultivos.

¹⁹⁵ LARA VELADO, Roberto, “Introducción al Estudio del Derecho Mercantil”...Pág. 219. el deudor prendista conserva la tenencia material de los bienes, pero responde de ellos como depositante de depósito necesario

Por su parte los “**Créditos refaccionarios**” pueden ser “*mobiliarios o inmobiliarios*”. **Los refaccionarios mobiliarios** son los créditos a la producción que tienen por objeto financiar la compra e instalación de maquinaria, aperos y equipos o animales de trabajo; en general la adquisición de utensilios de producción que no están destinados a adherirse de manera permanente al suelo.

“**Los refaccionarios inmobiliarios**”, son los créditos a la producción destinados a financiar toda clase de producciones, plantaciones agrícolas permanentes, sistema de drenaje o irrigación y, en general, toda clase de obras destinadas a adherirse al suelo permanentemente, y que desde luego tengan finalidad de fomento a la producción¹⁹⁶.

En cuanto si se celebra el contrato como Apertura de Crédito, su forma de utilización puede ser, en primer lugar, que la cuantía total del crédito sea puesta a disposición del acreditado para que disponga de él según las necesidades de producción, y en segundo lugar se puede poner a disposición del acreditado en una cuenta corriente, en la que pueda hacer abonos y cargos en la forma que se haya convenido.

3.3.3.1.6 Obligaciones de las partes

Cuando se celebra un contrato surgen derechos y obligaciones¹⁹⁷ para las partes que intervienen en dicha contratación, el Contrato de Apertura de

¹⁹⁶ LARA VELADO, Roberto, “Introducción al Estudio del Derecho Mercantil”..., Pág. 219. Es decir, su destino especial es la adquisición de maquinaria, la realización de obras necesarias para la producción de la empresa, con garantía sobre los inmuebles adquiridos y los bienes que forman parte de ésta.

¹⁹⁷ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y otro, “Las Fuentes de las Obligaciones en General, Curso de Derecho Civil”, Tomo III, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, Chile, Pág. 7. La obligación

Crédito no es la excepción y por ello se estudiará las obligaciones que surgen para el acreditante como para el acreditado.

3.3.3.1.6.1 Obligaciones del Acreditante

- a) La primera obligación que se origina inmediatamente para el acreditante es poner a disposición los fondos acordados al acreditado. Si el acreditado decide utilizar el importe del crédito, se originan otras obligaciones:
- b) Entregar las cantidades que el acreditado le requiera. (Art. 1105 Código de Comercio).
- c) Si se ha convenido el crédito para el pago de obligaciones del acreditado, el Banco deberá de satisfacer dichas obligaciones (Art. 1112 Código de Comercio).
- d) Pagar los títulos valores que el cliente le gire. (Art. 1110 Código de Comercio).
- e) Constituir garantías por el cliente. (Art. 1112 Código de Comercio).

3.3.3.1.6.2 Obligaciones del Acreditado

- a) Pago de la comisión al acreditante, como contraprestación por la Apertura de Crédito.
- b) El pago del interés convenido sobre el monto efectivamente utilizado y por el tiempo que dispuso de los fondos de dinero.

puede definirse como *“el vinculo jurídico establecido entre dos ó mas personas, por virtud del cual una de ellas se encuentra en la necesidad de realizar en provecho de la otra una prestación”*.

3.3.3.1.7 Terminación del Contrato

Se debe de distinguir, las causales que extinguen el derecho de hacer uso del contrato, y las formas por las cuales se le pone fin al contrato¹⁹⁸.

En cuanto a las causales que extinguen el derecho de hacer uso del crédito, el Art. 1117 Código de Comercio, ha establecido cuáles pueden ser:

I.- *Por haber dispuesto el acreditado de su importe:* En el caso de la Apertura de Crédito simple¹⁹⁹.

II.- *Por expiración del término, directa o indirectamente fijado, o si no lo hubiere, por el transcurso del plazo de denuncia:* Si no se ha establecido término en que se extinga el derecho de hacer uso del crédito, cualquiera de las partes puede darlo por concluido mediante denuncia, la cuál se notificará a la otra parte vía notarial o judicialmente²⁰⁰.

¹⁹⁸ Art. 1116 y 1118 Código de Comercio. En éstos Artículos se hace referencia a que existe un plazo en que estará a su disposición el crédito otorgado, y el plazo que se debe de fijar para la devolución de las sumas que deba el acreditado.

¹⁹⁹ Porque en el Contrato de Apertura de Crédito Simple donde no puede hacer pagos parciales y al acabarse el importe del crédito, se extingue el derecho de hacer uso del crédito y por lo tanto debe de restituir el importe de la suma acreditada mas el pago de intereses y comisiones,

²⁰⁰ Denunciado el contrato, el acreditado podrá disponer del crédito en el plazo de quince días que sigan a la denuncia. Transcurrido éste plazo, se extinguirá el crédito en la parte que no hubiere sido usada. De igual manera, sucede en el caso que el acreditado decida no utilizar el crédito, no pudiéndose decir que la circunstancia de la no utilización sea motivo de terminación del contrato, por la razón que terminó el tiempo en que debía hacerlo, siendo ése el verdadero motivo de la conclusión del contrato; además aunque no utilice el crédito, siempre debe de pagar la comisión devengada a favor del banco

III.- *Por no mejorarse las garantías, en el caso del artículo 1115, si ya se ha dispuesto del máximo a que debe quedar reducido: Si las garantías desmejoran en más de un veinte por ciento del valúo convenido y si el acreditado no proporcionara nuevas garantías a fin de hacerlas llegar al límite inicial del pacto, entonces se extinguirá el derecho de hacer uso del crédito.*

IV.- *Por la declaración del estado de suspensión de pagos, de quiebra o de concurso de cualquiera de las partes:*

V.- *Por inhabilitación del acreditado para el ejercicio del comercio, si el crédito se hubiere concedido para actividades mercantiles²⁰¹.*

VI.- *Por muerte o interdicción del acreditado, a menos que hubiere pactado en contrario, que el crédito tuviere garantías o éstas se constituyeren oportunamente, siempre que su utilización se hiciera en la forma convenida. El acreditante podrá nombrar un interventor para comprobar y vigilar la inversión:*

VII.- *Por disolución de la sociedad acreditada, si el crédito no fuere necesario para la conclusión de las operaciones en curso, y por su fusión o transformación:*

La razón general por la cuál expira la disponibilidad del crédito, en todas las causales anteriores, es porque se modifica la capacidad de pago del acreditado.

²⁰¹ Se enumera como una causa de extinción del derecho de hacer uso de la disposición, porque es de recordar que una de las características del Contrato de Apertura de Crédito es ser Intuitio Personae.

En cuanto a las formas de terminación del contrato, éstas pueden ser:

a) Mutuo consentimiento: Las partes que han intervenido en la celebración del contrato, pueden perfectamente acordar el momento de su conclusión antes de la fecha de terminación del plazo, por así quererlo ambas partes.

b) Por rescisión de las partes: Cuando se trata de un contrato por tiempo indeterminado previo el aviso por el plazo que se hubiera convenido, lo que puede disponer cualquiera de las partes con aviso a la otra, además debe de procurar que no perjudique a ninguno de las partes la decisión.

3.3.3.1.8 Tarjeta de Crédito

A continuación se aborda lo relativo al instrumento o herramienta necesaria mediante la cual se hacen efectivas las operaciones que el contrato de apertura de crédito permite realizar al usuario, es decir “*la tarjeta de crédito*”, instrumento necesario para hacer valer los derechos que como acreditado posee el usuario o tarjetahabiente.

3.3.3.1.8.1 Definición

Al leer diferentes textos acerca de la definición de tarjeta de crédito existe la dificultad de que algunos autores retoman la idea que la tarjeta de crédito es un contrato²⁰².

²⁰² Los textos Argentinos son un ejemplo claro en el que algunos autores se inclinan por la postura de aseverar de que Tarjeta de Crédito es un Contrato, esto quizá se explica mejor si se toma en cuenta que existe una ley especial de Tarjetas de Crédito, que denominan a la institución en sí como un Contrato (Contrato de Tarjeta de Crédito).

Argeri, en su diccionario de derecho comercial y de la empresa lo define como *“un contrato comercial por el que una empresa especializada conviene con una persona la apertura de un crédito, para que este exhiba el instrumento (tarjeta de crédito) y acreditando su identidad adquiera cosas u obtenga la prestación de un determinado servicio. A su vez el cliente tiene una cuenta con la empresa especializada, por un importe determinado y que generalmente debe pagar por anticipado, ya sea por lo adquirido o recibido por el servicio”*²⁰³.

Esta definición en particular merece al menos la crítica de considerar a la tarjeta de crédito un contrato, cuando la tarjeta es solamente un elemento físico y no satisface por mucho, debido a que se centra más en ejemplificar su funcionamiento.

Autores como Bullrich definen la tarjeta de crédito como *“el título de identificación y crédito, intransferible e incompleto, necesario para ejecutar el haz de derechos que el mismo tácitamente simboliza”*²⁰⁴. Esta definición es merecedora de crítica, la tarjeta no puede ser considerada como un título de identificación, sino como un elemento por medio del cual se tienen derechos y obligaciones.

No se quiere ser exhaustivos en este punto y buscar una definición puntual de lo que debe entenderse por tarjeta de crédito, motivo por el cual se ha construido una definición propia de tarjeta de crédito de la siguiente manera: *“Tarjeta o placa emitida por una entidad financiera a una persona, la cual se obtiene únicamente por el contrato de apertura a crédito, y de la cual*

²⁰³ MUGUILLO, Roberto A., “Tarjeta de Crédito”..., Pág. 04

²⁰⁴ MUGUILLO, Roberto A., “Tarjeta de Crédito”..., Pág. 05

se podrá hacer uso en cualquier lugar(establecimiento comercial, hotel, etc.) con que la entidad financiera haya convenido previamente para la obtención de bienes o de servicios por parte del usuario, volviendo su funcionamiento complejo”. Nuestra definición se centra más en la forma en como opera la tarjeta en nuestro medio, en ese sentido, la tarjeta propiamente dicha es un instrumento físico, proviene de un contrato entre una persona y una entidad financiera²⁰⁵, la cual puede ser una entidad financiera bancaria ó no, expidiendo la tarjeta a la persona que será titular de la misma, adquiera bienes ó servios de esa misma entidad que se la emitió ó de otras con que esta haya un convenio para que mediante dicho instrumento se puedan adquirir sus bienes ó sus servicios.

3.3.3.1.8.2 Naturaleza Jurídica

Determinar la Naturaleza Jurídica de la Tarjeta de Crédito puede tornarse un tanto complicado, esto puede ser a causa de varias circunstancias, como lo son las distintas definiciones que autores hayan podido dar de la tarjeta de crédito, de los elementos de la tarjeta de crédito, e inclusive sus relaciones, sin embargo, como lo manifiesta Aquiles Delgado²⁰⁶ existen dos teorías que son las más aceptadas la que considera la tarjeta de crédito como un titulo valor y la que lo considera como un contrato.

La primera de estas teorías dice que la naturaleza de la tarjeta de crédito es la de ser un titulo valor impropio que tiene su origen en un negocio financiero unilateral, considerando a la tarjeta por una parte como un

²⁰⁵ La Entidad Financiera que emite la tarjeta puede ser cualquier institución de las que forman parte del sistema financiero: Bancos, Casas de Crédito, etc., inclusive las mismas instituciones vigilantes y fiscalizadoras.

²⁰⁶ DELGADO B., Aquiles Antonio, “Derecho Bancario Salvadoreño” ..., Pág. 265

documento de identificación y de crédito, con las características comunes a todo papel de comercio.

La segunda de las teorías critica la primera, y manifiesta que la tarjeta de crédito es una herramienta de identificación del acreditado – negándole la calida de un titulo valor- que carece de derechos, los cuales, aunque existen no se originan de la emisión del plástico, sino de la celebración especial del contrato de tarjeta de crédito (si así lo regula el marco legal) o un contrato de apertura de crédito rotativo²⁰⁷ (si se aplica el derecho mercantil común).

Se debe de entender que para que se expida esa tarjeta es necesario previamente la celebración de un contrato, que permite al usuario gozar de sus beneficios, y que la tarjeta no es más que el instrumento de identificador necesario para poder gozar de esos derechos.

3.3.3.1.8.3 Función económica que cumple la tarjeta de crédito

La tarjeta de crédito, entendida esta como la herramienta para gozar de los distintos beneficios que mediante ella se puedan obtener cumplen la función de servir como un medio de pago, *distinto del dinero*, esto solo se puede explicar tomando en cuenta que la tarjeta no representa en si dinero, si no un documento que da fe al Establecimiento del cual se obtienen bienes ó servicios, que el usuario de dicha tarjeta esta siendo respaldado por un crédito obtenido mediante un contrato con una entidad financiera la cual posteriormente se encargara de liquidar el pago a aquel establecimiento.

²⁰⁷ DELGADO B., Aquiles Antonio, “Derecho Bancario Salvadoreño”..., Pág. 266. “El Contrato de Apertura a crédito, es el utilizado en la práctica de El Salvador para la emisión de tarjetas de crédito”.

Visto de otra manera y llevándolo un poco más a la práctica comercial, se razona que mediante el uso de la tarjeta el titular puede adquirir bienes ó servicios en el mercado, por los cuales se debe de pagar un precio (en dinero), pero como el usuario no paga en dinero en efectivo, sino mediante la firma de un cupón, que el proveedor acepta, cabe concluir entonces que la tarjeta ha sustituido al dinero como medio de pago.

Sin embargo la tesis de que la tarjeta de crédito sustituya al dinero no es admitida en su totalidad, puesto que el comerciante proveedor de bienes y servicios posteriormente enviara a la entidad financiera que emitió la tarjeta el informe de las operaciones hechas por el usuario con dicha tarjeta, esto para que la entidad emisora *haga efectivo el pago en dinero* al comerciante proveedor de bienes ó servicios.

Para entender de mejor forma lo anterior, se debe tomar en cuenta que la expedición de la tarjeta crea toda una gama de relaciones que vuelven al contrato por el cual se expide la tarjeta, “*un negocio jurídico complejo*”, en ese sentido se podría afirmar que la tarjeta sustituye al dinero para la adquisición de bienes ó servicios, pero no por completo, porque no se ha extinguido la obligación del negocio jurídico complejo hasta que el pago se efectúe en su totalidad.

3.3.3.1.8.4 Clasificación

La estructura tan compleja que la tarjeta de crédito, permite hacer de la misma una clasificación²⁰⁸, esto en vista de su naturaleza y su funcionalidad como se vera a continuación:

²⁰⁸ MUGUILLO, Roberto A., “Tarjeta de Crédito” ..., Pág. 16

Según el crédito concedido y las condiciones ó modalidades de pago:

- a) Tarjetas de crédito de pago inmediato: son aquellas en que se difiere el pago a un lapso ó plazo determinado, en que indefectiblemente se debe cancelar el crédito.
- b) Tarjetas de crédito stricto sensu: que permiten hacer uso del monto total del crédito, siempre que se haya abonado el total, un número determinado de mensualidades o un determinado monto del crédito. En algunos casos, el crédito se reabre automáticamente.

Según la entidad que las emite:

- a) Bancarias: cuando la empresa emisora es una entidad bancaria, y
- b) No bancarias: cuando las tarjetas son emitidas por una institución que no tiene que necesaria mente una entidad bancaria, tal es el caso de tarjetas de almacenes como SIMAN, PRISMAMODA, ADOC, y otros en nuestro medio²⁰⁹.

Son muchas las entidades que están autorizadas para emitir tarjetas de crédito, sin embargo interesan las que son emitidas por entidades bancarias

Según el objeto por el cual se emiten:

- a) Tarjetas múltiples o universales: que son aquellas tarjetas por medio de las que se puede lograrla adquisición o contratación de una multiplicidad de bienes o servicios.

²⁰⁹ Actualmente el comercio y la globalización han llevado a muchas empresas a crear sus propias tarjetas de crédito, esto responde a la necesidad comercial de ser siempre competitivos y contar con novedosas formas de pago y servicios para sus clientes.

- b) Tarjetas particulares para uno ó varios servicios determinados: que son aquellas tarjetas que solo pueda servir para determinada adquisición de bienes y/o tarjetas que solo sirvan únicamente para la obtención de servicios.

Según el ámbito territorial en el que de la tarjeta se pueda hacer uso, se clasifican en:

- a) Internacionales: puesto que pueden utilizarse en casi todo el mundo, en los lugares y establecimiento adherido al sistema, ejemplo de ellas se encuentran las tarjetas AVAL CARD, VISA, MASTERCARD.
- b) Nacionales: cuando solo se les puede dar uso dentro de los límites territoriales del país donde esta la empresa emisora de la tarjeta, tal es el caso de algunas tarjetas emitidas por los bancos.
- c) Locales: cuando solo pueden ser utilizadas en una localidad determinada, lo cual por regla general sucede en países de gran envergadura territorial.

Por su duración, pueden clasificarse en:

- a) Limitadas: cuando su validez y su utilización está sujeta a un periodo determinado al cabo del cual deben de ser renovadas y pagarse un canon, como lo son por ejemplo las tarjetas VISA y MASTERCARD.
- b) Ilimitadas: cuando no tienen un plazo de duración especial o determinado, ni un término de caducidad, por ejemplo las tarjetas

AVIS, y otras emitidas por instituciones financieras bancarias como las Platinum y doradas²¹⁰.

Por la operatoria de la tarjeta, se clasifican en:

- a) Tarjeta de crédito propiamente dicha: que es aquella que permite el consumo a crédito que luego se cancela en su totalidad, o se financia y así rotativamente.
- b) Tarjeta de debito: que tiene conexión informática con un banco y que requiere que el usuario para comprar o acceder a servicios con ella posea suficientes fondos en su cuenta.

Esta es la clasificación que interesa conocer, puesto que es a la tarjeta de crédito propiamente dicha y que son emitidas por entidades bancarias, a la que se referirá el presente trabajo de investigación.

²¹⁰ La practica bancaria salvadoreña no es ajena a esta clasificación, la mayoría de bancos en El Salvador -si no es que todos-, emiten tarjetas de crédito a sus clientes en base a sus ingresos, así por ejemplo si su ingreso es mayor a dos mil dólares podría acceder a una tarjeta Platinum, pero si se tratase de un cliente cuyos ingresos son menor a los quinientos o trescientos dólares únicamente podría acceder a la tarjeta tradicional o simple.

CAPITULO CUATRO

CLAUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO A CRÉDITO

SUMARIO: 4.1 Exordio, 4.2 Autonomía de la voluntad en los contratos de adhesión 4.3 Cláusulas de los contratos, 4.4 Cláusulas abusivas, 4.5 Tratamiento de las cláusulas abusivas en el Código Civil y Código de Comercio, 4.5.1 Código Civil, 4.5.2 Código de Comercio, 4.6 Tratamiento de las cláusulas abusivas en la Ley de Protección al Consumidor, 4.6.1 Consideraciones a la clasificación de cláusulas abusivas en la Ley de Protección al Consumidor, 4.7 Cláusulas abusivas incluidas en el contrato de Apertura de Crédito.

4.1 EXORDIO

Este capítulo se abordará la contratación dirigida o contratos de adhesión que han sustituido a los contratos que se basaban en la autonomía de la voluntad y que en la actualidad son necesarios en la esfera jurídica de toda sociedad, sea cual sea la naturaleza del contrato que se celebre, pero especialmente han adquirido gran auge en la contratación bancaria, etc.

Partiendo de ese conocimiento general se desarrollan las cláusulas que puede contener un contrato y entre las cuales pueden encontrarse las que se consideran abusivas y que se clasifican en dos formas. La primera en directas si en forma inmediata se solucionan los posibles conflictos a su favor, e indirectas si los objetivos generales de la empresa se cumplen pero en forma de previsión mediata; y la segunda en cláusulas abusivas de la génesis del contrato y cláusulas abusivas de aparente situación igualitaria y respetuosa de derechos del consumidor, dependiendo del momento en el cual comienza a funcionar su abusividad.

En el siguiente apartado se estudian las cláusulas abusivas desde el

punto de vista jurídico, es decir su tratamiento en el Código Civil, Código de Comercio y Ley de Protección al Consumidor.

Finalmente se realizan consideraciones a la enumeración de cláusulas abusivas que hace la Ley de Protección al Consumidor en su Artículo 17, y las cláusulas abusivas que se incluyen en los contratos de Apertura de Crédito.

4.2 AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

La Autonomía de la Voluntad puede definirse como *“la libre facultad de los particulares para celebrar el contrato que más les plazca y determinar su contenido, efectos y duración”*²¹¹.

La Autonomía de la Voluntad²¹² es un principio que rige en materia de contratos, en virtud del cual los particulares son libres para celebrar los contratos que más convengan a sus intereses, sean o no previstos y reglamentados especialmente por la Ley. Respecto a este principio la Constitución de la República se refiere a él en su Artículo 23 inciso primero, el cual reza *“Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes”*, en

²¹¹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y otro, “Las Fuentes de las Obligaciones en Particular, Curso de Derecho Civil”, Tomo IV,... Pág. 27.

²¹² La autonomía de la voluntad permite la estructura clásica del contrato, esto es, aquellos acuerdos comunes de las partes generadoras de derechos y obligaciones, de equilibrio de posiciones en la formación del contrato, en la libertad para contratar (elegir con quien se contrata) y en la libertad contractual (para determinar el contenido del contrato).

este supuesto no existen restricciones para poder contratar más que las establecidas por las leyes.

Mediante este principio se permite a las partes atribuirle a los contratos que celebren efectos distintos de los que la ley les atribuye, mediante nuevas cláusulas; pese a ello la Autonomía de la Voluntad no es ilimitada, también existen restricciones a saber²¹³:

- a) No pueden los particulares alterar ó modificar las cosas que son de la esencia de los contratos, pues de así hacerse no produciría efecto alguno ó puede degenerar en otro contrato, así por ejemplo no puede haber compraventa sin determinar el precio.
- b) Las limitaciones impuestas por las leyes fundamentales para preservar el orden público o la defensa de las buenas costumbres, en ese sentido las partes no pueden estipular contra las prohibiciones legales, por aquellos donde haya objeto ilícito, como la venta de drogas.²¹⁴

En la actualidad los contratos se encuentran en una nueva etapa, porque están en transición de un sistema construido en base a la autonomía de la voluntad, a otro sistema caracterizado por la celebración simultánea,

²¹³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y otro, “Las Fuentes de las Obligaciones en Particular, Curso de Derecho Civil”, Tomo IV,... Pág. 28.

²¹⁴ Se basaban en la autonomía de la voluntad porque el contrato era el resultado de un proceso de formación en el cual las partes, por lo general, gozaban de plena libertad y del poder, tanto para elegir con quien contratar, como para determinar mutuamente el contenido del contrato.

ágil y masiva²¹⁵ de miles de contratos²¹⁶, de manera que los contratos se expresan en formatos redactados previamente por una de las partes, existiendo con todas sus cláusulas y elementos a esperas de su aceptación.

La contratación masiva ha surgido por el crecimiento de las sociedades y sus necesidades, producción masiva de bienes y servicios, exigencias del tráfico económico, masificación de las transacciones económicas; siendo impulsada también por factores como la rapidez, la eficiencia y el ahorro de costos para celebrar un contrato. La contratación masiva se conoce bajo la forma de los contratos de adhesión, que han llegado a ser una practica de las más utilizadas en lo que a contratación se refiere, constituyendo la regla frente a la contratación clásica que va rumbo a convertirse en la excepción, así hay quienes afirman que todos los países viven hoy, bajo el régimen de la Contratación dirigida²¹⁷ ó contratos de adhesión.

Los Contratos de adhesión son *“una modalidad contractual muy extendida hoy en día, sobre todo en la contratación bancaria, por la cual la totalidad de las cláusulas de un contrato han sido establecidas*

²¹⁵La estructura clásica del contrato se ha visto alterada de una u otra forma por el “imperio”, casi generalizado a todas las esferas, de los contratos masivos cuya función, elementos y naturaleza no encaja dentro de aquella.

²¹⁶ Esta conversión de los contratos en instrumentos preelaborados en serie surge por el tráfico económico que exige rapidez, ahorro de tiempo y de dinero, a fin de lograr una eficiente asignación de los bienes y servicios a las partes contractuales, frente a todos estos factores, surgió la necesidad imperante de un forma de contratación capaz de conectar, de vincular jurídicamente estas situaciones, rol que fue asumido por los contratos masivos, con todos los problemas que ello conlleva.

²¹⁷ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y otro, “Las Fuentes de las Obligaciones en Particular, Curso de Derecho Civil”, Tomo IV,... Pág. 35.

*unilateralmente por una de las partes, la dominante ó preponderante, limitándose la otra a aceptarlas en bloque*²¹⁸.

Los contratos de adhesión son una especie de contratos que han sido preelaborados por una de las partes y que por ser propuestos a innumerables consumidores y usuarios, estos solamente tienen la opción de aceptar las estipulaciones fijadas previamente para que se configure la celebración del contrato.

De la definición se pueden obtener dos elementos importantes, el primero de ellos es la elaboración del contrato por una de las partes y el segundo es la aceptación de la otra parte²¹⁹. Ambos elementos presentes en los contratos de adhesión traen como consecuencia ciertos problemas, a pesar de la aceptación que han tenido y además de la necesidad de su utilización. Uno de los problemas es la ausencia de negociación²²⁰, y el hecho de que el contrato de adhesión contenga todas sus estipulaciones, conlleva a la generación de situaciones lesivas para los potenciales contratantes, quienes se han visto imposibilitados de intervenir en su formulación, por lo que es normal encontrar cláusulas abusivas, cláusulas

²¹⁸ ORTIZ SÁNCHEZ Mónica y otro. “Léxico Jurídico para Estudiantes”. Editorial Tecnos, Madrid, España., Año 2002, Pág. 95.

²¹⁹ Esta parte no goza de la posibilidad de modificar el contenido del contrato de adhesión, sino que para el solo existen las posibilidades de rechazar o adherirse al contrato; y de ahí deriva su nombre, pues la adhesión implica la aceptación a lo establecido por otro.

²²⁰ La negociación, es la etapa que en términos normales permite a las partes acordar sobre cada una de las estipulaciones que formarán parte del futuro contrato, esto es, determinar los derechos y los alcances de las obligaciones que asumirán las partes, en fin, ultimar una serie de aspectos de común acuerdo. Todas estas posibilidades quedan automáticamente suprimidas cuando tiene lugar la celebración de un contrato de adhesión.

eximentes de responsabilidad, cláusulas que resuelven o rescinden el contrato entre otras, situaciones que generan perjuicio para uno de los contratantes.

Es decir que los contratos de adhesión han tenido efectos negativos, por responder más al interés particular que al colectivo, Poniendo en desventaja a una de las partes, especialmente en materia de comercio, sino veámoslo con un ejemplo, cuando una persona particular llega a un Banco para solicitar cualquiera de sus servicios, el Banco con anterioridad tiene formatos elaborados de las distintas operaciones que pueden prestar al público, solo basta llenar con los datos del usuario *y que el usuario este de acuerdo*²²¹ y lo exteriorice con su respectiva firma para que uno y otro estén obligados.

El problema con esta forma de contratación puede resumirse en que ***“los particulares no están posibilitados para acordar las condiciones del contrato”*** porque las cláusulas de los contratos están establecidas previamente.

4.3 CLÁUSULAS DE LOS CONTRATOS

El vocablo jurídico *“cláusula”* se puede definir como *“la disposición particular que forma parte de un tratado, edicto, convención, testamento y cualquiera otro acto ó instrumento público o privado; también se entiende por*

²²¹ Más que estar de acuerdo el particular no tiene otra opción, debido a que no se encuentra en la posibilidad de discutir con el Banco el contenido del formulario.

*cláusula cada uno de los periodos de los que constan los actos y contratos*²²². En el Código Civil Salvadoreño no se encuentra una definición sobre cláusulas, pero se refiere a ellas y confirman su existencia; porque en el Artículo 1334 inciso segundo del Código Civil, reza “*Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales*”.

Según el artículo relacionado en el párrafo que antecede, cada contrato cuenta con características que le son muy propias, es decir, de su “*esencia*”, donde la falta de alguna de esas características pueden tornar la voluntad de los contratantes en otro contrato, así por ejemplo es necesario consignar el precio en la compraventa; también existen características que son de “*la naturaleza*” del contrato y las cuales no necesitan consignarse por encontrarse implícitas, citando el mismo ejemplo de la compraventa, es un elemento de su naturaleza *el saneamiento*; por último se encuentran las cosas accidentales²²³, las cuales no son ni de la esencia ni de la naturaleza del contrato, y que le dan al contrato un efecto distinto, como lo mencionamos al hablar de la autonomía de la voluntad, puesto que son las partes quienes modifican el contrato incorporando las cosas accidentales, conocidas también con el nombre de “*cláusulas especiales*”.

En materia de contratos no pueden modificarse las cosas que son de la esencia, únicamente las de la naturaleza, y para que las cláusulas

²²² CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Argentina. 1998, Pág. 76.

²²³ En materia de obligaciones las cosas accidentales se conocen con el nombre de “*obligaciones sujetas a modalidades*”. Que no es otra cosa que la obligación que surge de la voluntad de las partes por no ser ni de la esencia ni de la naturaleza del contrato que celebren.

especiales surtan sus respectivos efectos, necesitan ser estipuladas y “*solo en virtud de esta estipulación quedan comprendidos en los contratos*”²²⁴, por lo que no puede alegarse una cláusula que no este contenida en el contrato.

4.4 CLÁUSULAS ABUSIVAS

La cláusula abusiva en su sentido singular puede ser definida como la “*cláusula contractual que produce un importante desequilibrio en las prestaciones económicas que debe de realizar una de las partes*”²²⁵. Sin embargo esta definición se reduce únicamente a referirse al desequilibrio económico y no de otras circunstancias que mediante el uso de las cláusulas abusivas pueden suscitarse como por ejemplo la renuncia del derecho de apelar por parte del acreditado en materia contractual bancaria.

Respecto a esto último, son instituciones financieras como lo bancos, para el caso que nos ocupa, quienes mediante esta modalidad, se encargan de fijar las cláusulas perjudiciales ó abusivas en contra de las personas a quienes les conceden alguno de sus servicios, como sucede con la apertura a crédito, entre otros. No debe asombrarnos entonces que en los servicios financieros que otorgan los diferentes Bancos, se encuentren en más de una oportunidad que en el contenido de sus contratos o en la mayoría de las cláusulas exista un “*desequilibrio importante*” en contra de los que recibirán dichos “*servicios*”, y esto se dice por lo que en la practica cotidiana se puede

²²⁴ Artículo 1902.- “*El mandato para vender, hipotecar o constituir cualquier derecho real o personal en inmuebles, deberá constituirse por medio de poder especial o uno general con cláusula especial...*”. Código Civil.

²²⁵ GARBIER, Eduardo y otros. “Contratos Civiles y Comerciales”. Tomo 2. Quinta edición. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina. 2002. Pág. 26

observar.

Los Bancos presentan una lógica económica, la cual responde al sistema capitalista, y esta se basa en maximizar constantemente la tasa de beneficio, la cual le permite ser competitiva respecto de otras entidades financieras en el amplio mercado, es así como en haciendo uso de contratos de adhesión se introducen cláusulas abusivas, las cuales permiten a los Bancos generar una sobreganancia. “*Los economistas a estas cláusulas prefiere llamarlas maximizadoras de la tasa de beneficio, y los sociólogos cláusulas de mantención del poder*”²²⁶. El objetivo de las cláusulas abusivas es más que claro, mediante el uso de las mismas los Bancos se encuentran en una situación de poder, en lo económico y en la maximización de su tasa de beneficio, lo cual lo pone en una situación bastante privilegiada, sobre todo porque saca ventaja respecto de los usuarios dentro del mercado capitalista²²⁷.

4.4.1 Clasificación de las Cláusulas Abusivas

La primera de las clasificaciones nos señala que existen “*cláusulas abusivas directas, y cláusulas abusivas indirectas*”²²⁸.

- a) **Directas:** son aquellas las cuales en forma inmediata se solucionan los posibles conflictos en su favor, tales como la colocación del lugar de jurisdicción de imposible acceso para los

²²⁶ GARBIER, Eduardo y otros. “Contratos Civiles y Comerciales”. Tomo 2... Pág. 28

²²⁷ La perspectiva de un mundo globalizado se hace a través de la inflación, el ejemplo cotidiano lo vemos en operaciones bancarias no respetan condición social alguna, tratando de forma discriminada a muchos de los usuarios, para los cuales la situación se torna intolerable.

²²⁸ GARBIER, Eduardo y otros. “Contratos Civiles y Comerciales”. Tomo 2... Pág. 29

consumidores, un interés exorbitante por la mora, la renuncia del consumidor a determinados derechos esenciales como el de apelar, y otros.

- b) **Indirectas:** son aquellas con las cuales los objetivos generales de la empresa se cumplen pero en forma de previsión mediata, por ejemplo, la facultad de modificación ulterior de servicios por razones de aparente fuerza mayor o estado de necesidad o la interpretación futura de cláusulas bajo condiciones extremadamente favorables a la empresa por su ambigüedad, en el tramo de la ejecución contractual (autorizarse para hacer efectivos los cobros desde la cuenta de ahorro del acreditado).

La segunda de las clasificaciones obedece al momento en el cual comienza a funcionar su abusividad, clasificándose en *cláusulas abusivas de la génesis del contrato* y *cláusulas abusivas de aparente situación igualitaria y respetuosa de derechos del consumidor*²²⁹:

- a) **Cláusulas abusivas de la génesis del contrato:** Son aquellas cláusulas por las cuales se cuantifica el incumplimiento del deudor, y no el de la empresa en la misma situación, dejando a aquel en clara situación de desigualdad.
- b) **Cláusulas abusivas de aparente situación igualitaria y respetuosa de derechos del consumidor:** son aquellas que en un principio no se presentan como abusivas, pero el tiempo determinara su abusividad, como el aumento de intereses discriminado.

²²⁹ GARBIER, Eduardo y otros. “Contratos Civiles y Comerciales”. Tomo 2... Pág. 29

El tema de las cláusulas abusivas en parece pasar por desapercibido, a pesar de su importancia, por eso la necesidad de su estudio, y de la participación de las diferentes partes involucradas en el sistema económico y contractual para que estas no sigan creando los perjuicios que como tal traen a los contratan bajo la modalidad.

4.5 TRATAMIENTO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CÓDIGO CIVIL Y CÓDIGO DE COMERCIO

El Código Civil es el que se encarga de normar las relaciones privadas, es decir, entre particulares, y por ende, en él se encuentran reguladas todas las instituciones civiles reconocidas, principalmente en lo relativo al derecho de propiedad, mientras que el Código de Comercio se encarga de regular las relaciones que se den entre comerciantes, éstos con los particulares, y los actos de comercio; es por ello que a continuación se estudiarán las disposiciones que se encuentran en cada uno de ellos referente a cláusulas abusivas.

4.5.1 Código Civil

El Código Civil entre otras instituciones, se encarga de regular todo lo concerniente a los contratos, y en cuanto a éste, se encuentran un variado número de requisitos y reglas que se deben de tener en cuenta al momento de materializar el acuerdo a que se ha llegado por las partes, y es precisamente en el contrato, donde se encuentran cláusulas, por ser éstas las que integran dicha convención, por lo que al hablar de cláusulas

abusivas, es pertinente analizar lo relativo a los contratos, dentro del Código Civil.

En cuanto a “*cláusulas abusivas*”, no se encuentra expresamente la terminología en el Código Civil, aunque podemos encontrar indicios de éste concepto al estudiar y hacer un análisis de ciertas disposiciones.

En primer lugar no se encuentra expresamente el concepto de cláusulas abusivas, porque el Código Civil establece el deber ser en las relaciones privadas, por lo que enumera cuáles son los requisitos que se deben de tener en cuenta si se quiere celebrar un contrato y que éste produzca efectos, enumerando cuáles serán dichos efectos, así como las reglas que se deben de observar al contratar, para evitar que se comentan abusos o que la parte dominante en la relación, se aproveche de ésa situación perjudicando a la otra.

Además en materia de contratos el Código Civil reconoce una presunción, la cuál es la buena fe²³⁰, así como lo establece el Art. 751: “*La buena fe se presume, excepto en los casos en que la Ley establece la presunción contraria. En todos los otros la mala fe debe de probarse*”.

En virtud de ésa presunción, los actos de las partes, se realizan y se ejecutan de buena fe, de lo contrario debe de probarse; pero a pesar de ello, en el Código Civil se pueden encontrar algunas disposiciones en las que se puede decir que se están regulando la no inclusión de cláusulas abusivas en el Contrato, por ejemplo:

²³⁰ Art. 750 Inciso primero.- “*La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio*”. Código Civil.

Art. 1531 Código Civil: *“La compensación no puede tener lugar en perjuicio de los derechos de tercero”.*

Art. 2093 Código Civil: *“El fiador no puede obligarse a más de lo que debe el deudor principal, pero puede obligarse a menos”.*

Art. 2094 Código Civil: *“El fiador no puede obligarse en términos más gravosos que el principal deudor, no solo con respecto a la cuantía sino al tiempo, al lugar, a la condición o al modo del pago, o a la pena impuesta por la inejecución del contrato a que acceda la fianza; pero puede obligarse en términos menos gravosos”.*

Y a medida se estudia el Código Civil, se pueden encontrar disposiciones de la misma clase, es decir, que contienen una regulación expresa para evitar que se cometan abusos en un acuerdo, como lo podría ser someterse a una obligación demasiado desventajosa o tener un aumento del patrimonio injustamente, etc. o se procure un aprovechamiento de la necesidad de las personas, por lo que de alguna manera trata de evitar que se incorporen éste tipo de cláusulas abusivas en el contrato.

De cualquier manera, si en el contrato se insertan cláusulas ambiguas, demasiado genéricas, vagas, obscuras o de difícil aplicación, con la intención de perjudicar a la otra parte, o aprovechándose de la condición de la persona, el Código Civil establece las reglas de interpretación de los contratos, entre las cuáles se encuentran cómo se interpretarán éste tipo de cláusulas.

En primer lugar y como regla general establece que un contrato debe de privar la intención de los contratantes, antes de su contenido escrito, por

lo que si se dan problemas de aplicación del contrato, ésta regla es de mucha utilidad, porque la intención de los contratantes también deviene del objeto del contrato, por lo que no se podrá invocar una intención que desvirtue la razón de dicha convención.

En cuanto a los efectos que puede producir una cláusula incluida de mala fe, se establece que se deberá de preferir la interpretación en la que dicha cláusulas no es capaz de producir efecto alguno.

Las cláusulas ambiguas se interpretarán a favor del deudor, pero si dichas cláusulas han sido incluidas por el deudor o acreedor, éstas se interpretarán en contra suya, por no haber explicado el sentido de dicha cláusula.

Pero éstas reglas de interpretación se tomarán en cuenta al iniciar alguna acción derivada del contrato, esto, porque el Código de Procedimiento Civiles, no contempla ninguna acción a iniciar para alegar la terminación o nulidad del contrato por la razón que éste contenga una cláusula insertada de mala fe, o para que se pueda controvertir el contenido de una cláusula, para demostrar la mala fe inmersa en ella, o el engaño en que se quiere hacer caer a través de ella, solamente en los casos expresamente determinados en el Código Civil, éstas cláusulas se tendrán por no escritas, por lo que en los demás casos que se puedan dar, no contemplados en el Código Civil, se está en total indefensión, y en ello tiene que ver el consentimiento, alegándose que si una persona hubiese tenido conocimiento de una cláusula de éste tipo, no hubiese consentido, y al dar su voluntad para obligarse, lo está haciendo sometándose y aceptando los términos del contrato.

El problema de establecer la pena de tener por no escritas ciertas cláusulas que la Ley expresamente lo establezca es que el término de mala fe y cláusulas abusivas es muy amplio y subjetivo, por lo que pueden enmarcarse muchos casos, y en ese sentido la Ley no puede cerrarse a solamente determinados casos.

4.5.2 Código de Comercio

En cuanto al tratamiento de cláusulas abusivas en el Código de Comercio, se debe remitir a las disposiciones relativas a los contratos mercantiles, encontrándose el Art. 945 que dice: *“Las obligaciones, actos y contratos mercantiles en general, se sujetarán a lo prescrito en el Código Civil, salvo las disposiciones del presente título”*.

Por lo que de igual manera que en el Código Civil, no se encuentra el concepto de cláusulas abusivas en el Código de Comercio, pero medida se estudian las disposiciones, se pueden encontrar algunas que prohíben la inserción de determinadas circunstancias abusivas en el contrato; también es de recordar que por ser el Código de Comercio una ley sustantiva, solamente se encuentra el deber ser de la contratación.

Entre las disposiciones que podemos destacar tenemos el Art. 955, que dice: *“Se tendrá por no escrito el pacto que excluya o limite de antemano la responsabilidad de una empresa mercantil por dolo o culpa de su personal, o de terceros a quienes en el cumplimiento de las obligaciones propias de su giro”*.

Se puede observar que, al igual que el Código Civil, se encuentran disposiciones que señalan la sanción de no tener por escrita una determinada cláusula, pero siempre cuando expresamente lo señale el Código.

En conclusión no existe en el Código Civil ni en el de Comercio, un expreso tratamiento de las cláusulas abusivas, por la razón que en primer lugar no se encuentra dicho concepto en las leyes en mención, pero a pesar de ello, se encuentran indicios del reconocimiento de dichas cláusulas, porque señala una sanción específica a la inclusión de cláusulas que signifiquen un abuso o aprovechamiento, o un enriquecimiento injustificado o engaño, pero solamente en los casos determinados en la ley.

4.6 TRATAMIENTO DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS EN LA LEY DE PROTECCION AL CONSUMIDOR

En la Ley de Protección al Consumidor se han incluido algunos artículos que tratan de regular o evitar la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos no solo de Apertura de crédito si no en todo aquel que una de las partes se encuentra en desventaja, como sucede por lo general en los contratos de adhesión; es por ello que a continuación se analizara el tratamiento que la Ley de Protección al Consumidor le da a las cláusulas abusivas.

En un Estado²³¹ es indispensable promover el respeto a los derechos de los consumidores, esta promoción puede ser posible en principio por la

²³¹ Considerando II: “Según lo establecen las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, corresponde a los gobiernos formular y mantener una política de protección al

aprobación de una ley que contenga ciertos parámetros en los que se debe actuar y a través de ella también fomentar el comportamiento ético y la responsabilidad social de los proveedores.

En el año 2005 se decreta la Ley de Protección al Consumidor con el objeto²³² de proteger los derechos de los consumidores, garantizándoles equilibrio, certeza y seguridad jurídica en sus relaciones con los proveedores.

Esencialmente el objeto de la Ley es la de proteger a los consumidores porque cuando adquieren bienes y servicios pueden encontrarse en una posición desigual frente a los proveedores, como cuando no obtienen la información adecuada o no tienen la oportunidad de discutir o negociar las condiciones en las que contratan. Y para lograr la protección crea una institución denominada **“Defensoría del Consumidor”** que tiene como misión *“Promocionar, proteger, vigilar y hacer valer los derechos de los consumidores, y coordinar el Sistema Nacional de Protección al Consumidor, mejorando el funcionamiento del mercado, la convivencia social y el ejercicio de ciudadanía”*; y como visión *“Ser una institución confiable para todos los sectores y reconocida a nivel nacional e internacional por proteger los derechos de los consumidores, procurando el equilibrio, certeza y seguridad en sus relaciones con los proveedores”*.

consumidor, tomando en cuenta el derecho de los consumidores de tener acceso a productos seguros, así como la importancia de promover un desarrollo económico y social justo, equitativo y la protección del medio ambiente”. Ley de Protección al Consumidor.

²³² Artículo 1 inciso segundo: *“Así mismo tiene por objeto establecer el Sistema Nacional de Protección al Consumidor y la Defensoría del Consumidor como institución encargada de promover y desarrollar la protección de los consumidores, disponiendo su organización, competencia y sus relaciones con los órganos e instituciones del Estado y los particulares, cuando requiera coordinar su actuación”*. Ley de Protección al Consumidor.

La Defensoría dando cumplimiento a su misión tiene a su cargo la coordinación del “**Sistema Nacional de Protección al Consumidor**”²³³ integrado por todas aquellas instituciones públicas que tengan dentro de sus competencias la protección de los derechos de los consumidores en algunas áreas, como por ejemplo, la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones (SIGET) en materia de electricidad y telecomunicaciones, el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social (MSPAS) en materia de alimentos y medicamentos, la Superintendencia del Sistema Financiero, entre otras.

Del objeto de la Ley se desglosa que los sujetos que interviene en la relación comercial²³⁴ y quedan sujetos a la aplicación de la misma son todos los consumidores y proveedores²³⁵.

Por “**consumidor**” se debe entender “*Toda persona natural o jurídica que adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios, o bien, reciba oferta de los mismos, cualquiera que sea el carácter público o privado, individual o colectivo de quienes los producen, comercialicen, faciliten, suministren o expidan*”²³⁶.

²³³ El objetivo estratégico del *Sistema Nacional de Protección al Consumidor* consiste en establecer una coordinación efectiva con las instituciones que forman parte del Sistema para una efectiva tutela de los derechos de los consumidores, acorde a la ley de protección al consumidor y a la normativa legal relacionada.

²³⁴ Las relaciones comerciales implican que el proveedor las realiza de forma habitual, profesional y masiva, es decir, no constituyen una actuación eventual o aislada, como la transacción que realiza la persona que vende su casa o su vehículo.

²³⁵ Cuando dice todos los consumidores y proveedores se refiere a que no existe distinción si son personas naturales o jurídicas, todos quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley en cuanto a los actos jurídicos celebrados entre ellos relativos a la distribución, depósito, venta, arrendamiento comercial o cualquier otra forma de comercialización de bienes o contratación de servicios.

²³⁶ Ley de Protección al Consumidor, Artículo 3

Las personas naturales y jurídicas actúan como consumidores casi en todo momento debido a que adquieren productos para su propio uso o el de la familia, reciben servicios financieros, públicos o privados y por los cuales se paga un precio, tasa o tarifa.

“Proveedor” se define como *“Toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, suministro, construcción, distribución, alquiler, facilitación, comercialización o contratación de bienes, transformación, almacenamiento, transporte, así como de prestación de servicios a consumidores, mediante el pago de precio, tasa o tarifa”*²³⁷.

Cuando en la definición se dice que son proveedores aquellas personas naturales o jurídicas que desarrollen actividades de producción y fabricación se refiere a quienes elaboran los bienes, los transforman y venden. Los importadores son aquellos que traen un producto al país para transformarlo o venderlo, los Distribuidores o comerciantes son los que en forma habitual venden o proveen de cualquier forma, bienes destinados a los consumidores, sea en un establecimiento o fuera de él.

Los que prestan servicios pueden tener el carácter público o privado; son privados por ejemplo todos los servicios financieros, tales como otorgamiento de créditos, emisión de tarjetas de crédito, etc.; son ejemplo de servicios públicos el agua potable y energía eléctrica. Finalmente se puede decir que se incluyen como proveedores también a aquellos que de manera

²³⁷ Ley de Protección al Consumidor, Artículo 3

habitual construyen y alquilan viviendas, sean empresas constructoras, ingenieros o arquitectos que prestan este servicio.

Referente a los derechos²³⁸ de los consumidores se debe decir que la enumeración que hace la ley son derechos básicos y no afectan otros que provengan de la aplicación de otras leyes; además poseen la imprescindible característica de ser Irrenunciables anticipadamente y contra su observancia no podrán alegarse costumbres, usos o prácticas, convenios o estipulaciones en contrario.

Dentro de los derechos²³⁹ que enumera la Ley que poseen los consumidores se encuentra “*Ser protegidos de prácticas abusivas y de la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos*”²⁴⁰.

La protección contra prácticas y cláusulas abusivas es un componente de la protección de los intereses económicos y sociales.

Las prácticas abusivas son todas aquellas actuaciones del proveedor que colocan al consumidor en una situación de desventaja, de desigualdad o

²³⁸ <http://www.defensoria.gob.sv>, consultada el 10 de octubre de 2009 a las 4:30 PM. Dentro de las áreas estratégicas de la Defensoría se encuentra la verificación y vigilancia permanente en el cumplimiento de la ley y las Normas Salvadoreñas Obligatorias (NSO), previniendo el irrespeto a los derechos de los consumidores.

²³⁹ Los derechos que enumera la Ley de Protección al Consumidor constituyen las condiciones mínimas que todo consumidor debe gozar y exigir en sus relaciones con el proveedor al hacer una compra, contratar un servicio o cualquier tipo de relación comercial y son básicamente siete según el reconocimiento internacional: derecho a la información, a ser educado en materia de consumo, libertad de elección y derecho a un trato igualitario, derecho a no ser discriminado, derecho a la seguridad y calidad, derecho a la compensación y derecho a la protección.

²⁴⁰ Ley de Protección al Consumidor, Artículo 4, literal j

que anulen sus derechos y pueden ser tales como²⁴¹: Negar al consumidor servicios de mantenimiento o de repuestos de piezas de un bien, solamente por no haberlo adquirido en ese establecimiento; Discriminar al consumidor por motivos de discapacidad, sexo, raza, religión, edad, condición económica, social o política; Realizar gestiones de cobro difamatorias o injuriantes en perjuicio del deudor y su familia, así como la utilización de medidas de coacción físicas o morales para tales efectos, entre otras.

La regulación sobre cláusulas abusivas busca proteger al consumidor en sus relaciones contractuales, principalmente cuando son “**contratos de adhesión**”, en los cuales el consumidor no negocia²⁴², sino, solo tiene la opción de estar de acuerdo o renunciar a la contratación.

Los contratos de adhesión²⁴³ son aquellos en que las cláusulas han sido establecidas por el proveedor, es decir, han sido elaboradas con anterioridad o preformuladas²⁴⁴, sin haberse discutido o negociado con el consumidor. Por ello se denominan “*de adhesión*”, porque el consumidor se adhiere a lo que el proveedor ha dispuesto con anterioridad.

²⁴¹ La enumeración que se realiza es ejemplificante porque en el Artículo 18 de la Ley de Protección al Consumidor se encuentran enumeradas de forma detallada.

²⁴² En el ámbito de las relaciones de consumo, el contrato no negociado es casi la regla, por lo que se señala como característica general del contrato mercantil, ser no negociado.

²⁴³ En la redacción de los contratos de adhesión las condiciones del negocio son dictadas por el proveedor, con la consecuente predisposición de las cláusulas.

²⁴⁴ Resolución del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor en el procedimiento administrativo sancionador, registrado con referencia **797-07**, iniciado por denuncia interpuesta por la Presidencia de la Defensoría, contra la sociedad Protege, S.A. de C.V., atribuyéndole un incumplimiento de contrato, e inclusión de cláusulas abusivas. “*La preformulación es un trabajo intelectual que se realiza de antemano y en general; no con miras a un determinado contrato (individual), sino en vista de una pluralidad indeterminada de un tipo determinado que solo se considera posible y cuya contraparte no está todavía determinada*”.

Es por ello que la Ley de Protección al Consumidor en el Artículo 22 le ha brindado una regulación especial a este tipo de contrato, estableciendo que en el caso de los contratos de adhesión se deben cumplir requisitos mínimos como que deberán ser escritos en términos claros²⁴⁵, en idioma castellano, impresos con caracteres legibles a simple vista²⁴⁶ y en ningún caso podrán contener remisiones a textos o documentos que no se entregan al consumidor, previa o simultáneamente a la celebración del contrato, salvo que la remisión sea a cualquier ley de la República; no deberán contener renunciaciones a derechos que las leyes reconocen al consumidor ni ninguna cláusula que pueda calificarse como abusiva, deberán hacerse constar los documentos de obligación que suscriba el consumidor en relación al contrato, tales como letras de cambio o pagarés; establecerse en el contrato o en documento anexo que se entregue, previa o simultáneamente al consumidor, la garantía del bien o servicio prestado con todos los requisitos estipulados en el artículo 33 de la Ley de Protección al Consumidor²⁴⁷; especificarse el tratamiento que se dará a los casos de fecha de vencimiento de pago en día no hábil; contener la firma o firmas que correspondan y además debe entregarse copia del contrato que ha suscrito y sus anexos al consumidor.

²⁴⁵ Artículo 4, literal a: *“Deberán ser redactados en términos claros, especificando esencialmente: la naturaleza del contrato al que las partes se comprometen; el objeto y finalidad del mismo; las especificaciones sobre el bien o servicio que se contrata; el plazo del contrato; el precio, tasas o tarifas; la facturación y forma de pago: la forma en que el consumidor puede hacer sus reclamos; los derechos y obligaciones de las partes y las formas de terminación”*. Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor.

²⁴⁶ Para dar cumplimiento a este requisito el tamaño de la letra no podrá ser menor de diez puntos.

²⁴⁷ Art. 33.- *“Las garantías ofrecidas por los proveedores sobre bienes y servicios, deberán expresarse claramente en el documento contractual o en documento anexo, que contendrá: las condiciones, formas y plazos de la garantía de uso o funcionamiento con que se adquiere el bien, las responsabilidades del consumidor, la forma en que puede hacerse efectiva y la individualización de las personas naturales o jurídicas que la extienden y que las cumplirán. Sólo en tal caso podrá utilizarse la leyenda “garantizado”, en las diferentes formas de presentación del bien o servicio. Las garantías extendidas y aceptadas de conformidad con el inciso anterior serán obligatorias para proveedores y consumidores”*. Ley de Protección al Consumidor.

Los formularios de contratos de adhesión que utilizan los proveedores de servicios financieros deben estar a disposición de los consumidores, quienes tienen derecho a conocerlos antes de suscribirlos, para lo cual los proveedores deberán facilitar su obtención mediante impresos o cualquier otro medio.

Estos formularios se depositarán en la Superintendencia del Sistema Financiero que verificará conjuntamente con la Defensoría del Consumidor, en un plazo no mayor a treinta días contados a partir del respectivo depósito, que cumplen lo correspondiente a derechos del consumidor, haciendo en su caso, dentro de dicho plazo, las observaciones pertinentes.

Caso contrario se entenderá que los formularios cumplen con la correspondiente normativa y en consecuencia pueden ser utilizados por los proveedores.

La Defensoría del Consumidor podrá proceder al retiro de los formularios cuando se determine, previa audiencia al proveedor, que éstos contienen cláusulas abusivas.

Se considerarán cláusulas abusivas *“Todas aquellas estipulaciones que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes”*²⁴⁸.

Las cláusulas abusivas son todas las condiciones, requisitos o consecuencias que el proveedor puede establecer en un contrato, que coloquen al consumidor en una situación de desventaja, desigualdad o

²⁴⁸ Ley de Protección al Consumidor, Artículo 17 “Cláusulas Abusivas”

anulen sus derechos, es decir, vayan contra la buena fe, causándole un perjuicio, y tales pueden ser:

a) Exonerar, atenuar o limitar la responsabilidad de los proveedores en relación a los daños causados por el consumo o uso de los bienes o servicios prestados;

Se considera cláusula abusiva aquella que introduce el proveedor con el objetivo de que su responsabilidad sea eliminada, disminuida o limitada en cuanto a los daños que pueda producir el bien o servicio que se use o consuma, y un ejemplo puede ser la venta a plazos de una máquina para hacer ejercicios, en cuyo contrato se establezca que el proveedor no se hace responsable por los daños que puedan causar en la salud del consumidor.

b) Permitir al proveedor modificar unilateralmente en perjuicio del consumidor las condiciones y términos del contrato, o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones;

Esto no aplica si el cambio es para favorecerlo, porque se trata de cláusula abusiva si la modificación unilateral por parte del banco perjudica al consumidor y no lo será si le beneficia como en el caso de otorgarle un servicio adicional sin costo.

c) Desnaturalizar las obligaciones derivadas de la contratación a cargo de los proveedores;

Todo contrato deriva en obligaciones para las partes intervinientes en su celebración, y el proveedor no puede cambiar las obligaciones que le

corresponde realizar debido a que estas obligaciones constituyen derechos para los consumidores.

d) Renunciar anticipadamente a los derechos que la ley reconoce a los consumidores o que, de alguna manera limiten su ejercicio o amplíen los derechos de la otra parte;

El proveedor no puede insertar un cláusula en la que el consumidor renuncie a sus derechos anticipadamente, esto debido a que puede suceder que ni siquiera los halla adquirido, no es posible que renuncie a algo que aun no le ha nacido; por ejemplo, si le obliga a renunciar a su derecho a discutir cualquier conflicto que surja ante los tribunales del Órgano Judicial o a solicitarle una compensación por daños que los bienes o servicios le causen.

e) Establecer la prórroga del contrato sin la voluntad del consumidor;

Un ejemplo de este tipo de cláusulas puede ser si en la contratación de servicios de telefonía móvil por seis meses, se incluye que transcurrido el plazo se entenderá “prorrogado automáticamente por otros seis meses”;

f) Estipular cargos por pago anticipado, salvo que se trate de proveedores de servicios financieros, en cuyo caso se implicará lo establecido en el Art. 19, literal m) de la Ley de Protección al Consumidor;

Se considera cláusula abusiva el estipular cargos por pago anticipado, pero si se trata de proveedores de servicios financieros, estos se encuentran en la obligación de recibir del consumidor pagos anticipados en cualquier operación de crédito o bancaria, sin cargo alguno, según lo establece el

Artículo 19, literal m de la Ley de Protección al Consumidor²⁴⁹, de lo contrario podría ser objeto de algún tipo de sanción, como en el caso que el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor dictamino que el Banco HSBC Salvadoreño SA debería de reintegrar a los consumidores afectados la suma de \$451,357.78 por cobrar cargos de forma indebida a mas de un centenar de clientes que cancelaron de forma anticipada sus prestamos, durante el periodo comprendido desde el 8 de octubre de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2007.

Al mismo tiempo la resolución del Tribunal Sancionador de la Defensoría dictamino que el banco antes citado, debe pagar una multa de \$453,264.00, por la infracción al artículo literal e en relación al artículo 19 literal m de la Ley de Protección al Consumidor, al aplicar a los consumidores que contrataron créditos con la referida sociedad y que los pagaron de forma anticipada, un cargo no permitido por la ley. El cobro de recargos por parte del banco HSBC Salvadoreño SA fue denunciado como una conducta contraria al artículo 19 literal m de la Ley de Protección al Consumidor²⁵⁰.

g) Imponer cualquier medio alternativo de solución de controversias en los contratos de adhesión.

Que el proveedor establezca como una obligación para el consumidor que en el caso de surgir un conflicto sobre el contrato, se acudirá a un mecanismo y procedimiento de solución determinado, por ejemplo un

²⁴⁹ Artículo 19, literal m.- “Recibir del consumidor pagos anticipados en cualquier operación de crédito o bancaria, sin cargo alguno, salvo que el crédito sea financiado con fondos externos y que el proveedor tenga que pagar cargos por pago anticipado, o se trate de operaciones sujetas a tasa fija de mediano o corto plazo, siempre que tal circunstancia se haya incorporado en el contrato respectivo y se estipule el cargo”. Ley de Protección al Consumidor.

²⁵⁰ Defensoría del Consumidor, “Noticonsumo”, Boletín mensual, Edición numero 3, Abril 2009.

arbitraje, sin que el consumidor tenga la opción de decidir libremente bajo que formas o procedimientos quiere resolver sus conflictos.

El consumidor que se considere agraviado con la inclusión de alguna de las cláusulas abusivas que se enumeraron anteriormente puede seguir “*Medios Alternos de Solución de conflictos*”²⁵¹ que son procedimientos pacíficos, en las cuales se da una negociación entre las partes para llegar a un resultado que concilie intereses.

Las ventajas de acudir a un medio de solución alternativa de conflictos son:

- a) Son procedimientos donde no existen estrictamente ganadores ni perdedores, pues se persigue que todos los interesados se beneficien de los acuerdos que se logren.
- b) Es además mucho más rápida que la vía judicial, lo que implica también que es una opción menos onerosa.
- c) Estos mecanismos permiten también arribar a una solución privada y confidencial, brindando a los participantes la posibilidad de gestionar su propio acuerdo.

Los medios que prevé la ley para solucionar por estas vías los conflictos²⁵² entre consumidores y proveedores son el avenimiento, la conciliación, la mediación y el arbitraje.

²⁵¹ Estos medios propician la comunicación, el entendimiento y las buenas relaciones. El objetivo primordial es superar el conflicto, llegar a un acuerdo que evite la necesidad de recurrir a los tribunales de justicia o que se siga un procedimiento sancionatorio.

²⁵² El término conflicto o controversia, se relaciona con un desacuerdo, un choque de intereses, una disputa con otras personas. La tendencia normal es considerar al conflicto como algo negativo, porque puede resultar molesto o difícil de controlar. Pero en este caso puede ser positivo porque de esa forma se satisfacen las necesidades de las partes.

En primer lugar el consumidor que se considere afectado debe presentar la denuncia²⁵³ en forma escrita, verbal, telefónica, electrónica o por cualquier otro medio idóneo ante la Defensoría²⁵⁴ a fin de que se resuelva administrativamente el conflicto.

La denuncia²⁵⁵ debe contener al menos:

- a) La identificación y datos generales del denunciante;
- b) La identificación y datos generales del proveedor;
- c) Una descripción de los hechos que originaron la controversia; y
- d) La pretensión del denunciante.

Si la denuncia no cumple con los requisitos legales anteriores, la Defensoría prevendrá al interesado para que subsane las omisiones dentro del plazo de tres días, transcurridos los cuales declarará la admisión o la inadmisibilidad de la misma.

En el caso de no subsanarse la prevención en el término de ley, la denuncia se declarará inadmisibile. Si la denuncia fuere declarada inadmisibile, la resolución que se pronuncie será debidamente motivada y admitirá recurso de revocatoria, el cual se tramitará de acuerdo a las reglas del derecho común.

²⁵³ Un nuevo estudio de la Defensoría del Consumidor sobre las denuncias de tipo financiero atendidas entre enero y agosto de 2008, determino que el 82% de los reclamos se concentraron en 8 grandes bancos del país.

²⁵⁴ Dentro de la Defensoría se crea un organismo denominado Centro de Solución de Controversias, donde se desarrollarán los medios alternos de solución de conflictos con apoyo de la institución, con personal capacitado para facilitar que sean las propias partes las que encuentren una solución definitiva a sus conflictos.

²⁵⁵ <http://www.defensoria.gob.sv>, consultada el 10 de octubre de 2009 a las 4:30 PM. Atender, gestionar y resolver reclamos o denuncias de forma ágil, gratuita y oportuna en todo el territorio nacional es una de las áreas estratégicas de la Defensoría.

Recibida la denuncia, se calificará la procedencia del reclamo. Serán improcedentes las disputas entre el proveedor y el consumidor que no sean susceptibles de transacción y aquéllas que estén inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición y no sean susceptibles de transacción.

Si procede se propondrá a las partes un “**avenimiento**²⁵⁶” en el que se intentará la comunicación directa con el proveedor por cualquier medio idóneo para buscar una solución expedita a la pretensión del consumidor. El avenimiento es la primera búsqueda de acercamiento entre consumidor y proveedor, a fin de llegar a un arreglo o solución pacífica y se basará en razones de equidad, es decir, ecuanimidad, buen criterio o conciencia, sin aplicar necesariamente criterios técnicos o jurídicos.

En caso que se obtenga una resolución favorable para el denunciante, la Defensoría dará seguimiento al asunto.

Si no se resuelve la controversia planteada o la solución aceptada no se cumple en tiempo y forma, el consumidor interesado, su apoderado o representante legal en su caso, deberá ratificar su denuncia por cualquier medio, presentando pruebas de la relación contractual, a fin de seguir con las diligencias.

²⁵⁶ Avenir es sinónimo de arreglar, convenir, ajustar, componer o congeniar, entonces Avenimiento puede definirse como el mecanismo basado en equidad y justicia, en el que se aplica cuanto medio sea necesario para la comunicación directa con el proveedor para buscar solución expedita a la pretensión del consumidor, es decir se busca avenir los intereses del consumidor y del proveedor que se encuentran enfrentados.

Otro de los medios alternos de solución de conflictos es “**La Conciliación**”²⁵⁷, que procede en los siguientes casos²⁵⁸:

- a) Cuando existe petición expresa del consumidor.
- b) Intentado el avenimiento sin ningún resultado satisfactorio.
- c) Si las partes no solicitan mediación o arbitraje.

La Defensoría cuenta con cinco días para designar al funcionario²⁵⁹ que actuara como conciliador o moderador. Este moderador citará a las partes señalando lugar, día y hora para la comparecencia²⁶⁰ a la audiencia conciliatoria²⁶¹, en donde oír a las partes²⁶² y procurara que de manera imparcial pongan fin a sus diferencias por medio de un acuerdo.

²⁵⁷ La conciliación es un mecanismo de solucionar las controversias de manera pacífica, a través del cual, dos o más personas tratan de lograr por sí mismas la solución de sus diferencias con la ayuda de un funcionario denominado conciliador, quien actúa como tercero neutral y procura acercar los intereses de las partes.

²⁵⁸ <http://www.defensoria.gob.sv>, consultada el 10 de octubre de 2009 a las 4:30 PM. La conciliación es el método alternativo de solución de controversias que procede cuando existe petición expresa del consumidor para proceder directamente a ello, o si una vez intentado el avenimiento sin ningún resultado satisfactorio, el consumidor ratifica la denuncia y ninguna de las partes solicitan mediación o arbitraje.

²⁵⁹ La Defensoría realizara el nombramiento del conciliador, pudiendo designar además un sustituto para que pueda comparecer a la audiencia, en caso que el conciliador designado no se presentara por razones de fuerza mayor.

²⁶⁰ La comparecencia puede ser personalmente o por medio de apoderado con facultad expresa para conciliar.

²⁶¹ Artículo 35, incisos segundo y tercero: “*La audiencia conciliatoria podrá realizarse en una o varias sesiones. Si en la sesión las partes deciden de común acuerdo posponer la discusión para una sesión futura, se suspenderá la audiencia de conciliación y se fijará nueva fecha para continuarla. En tal caso se levantará un acta haciéndose constar la suspensión y la fecha en que se celebrará la nueva sesión*”. Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor.

²⁶² El conciliador busca que los participantes aporten la información necesaria para facilitar los aspectos a negociar, propicia el diálogo y es equitativo en las oportunidades de participación y en el tiempo de duración de las participaciones de las partes.

Básicamente en una conciliación se inicia narrando el motivo que originó la denuncia, se identifican los problemas, puntos de discrepancia entre las partes y se busca que éstas indiquen sus intereses, pretensiones y alternativas de solución, para lo cual el conciliador tiene la facultad de preguntar a ambas partes ciertos detalles que necesiten ser aclarados y solicitar toda la información que resulte necesaria, haciendo constar todo en acta.

En el acto de la conciliación, el funcionario delegado hará ver a los interesados la conveniencia de resolver el asunto en una forma amigable, debiendo en el momento que considere oportuno poner fin al debate; si no llegaren a un acuerdo les propondrá la solución que estime equitativa, debiendo los comparecientes manifestar si la aceptan total, parcialmente o si la rechazan. En caso de acuerdo conciliatorio²⁶³, éste producirá los efectos de la transacción, y la certificación del acta tendrá fuerza ejecutiva.

El rol del conciliador es muy activo, debido a que está orientado a proponer soluciones²⁶⁴, sin embargo, serán las partes las que finalmente tomarán la decisión o acuerdo final.

Si se da el caso que alguna de las partes no se presentare a la audiencia conciliatoria, se citará por segunda vez para celebrarla en un plazo no mayor de diez días. Si es el proveedor quien no asiste por segunda vez

²⁶³ El arreglo conciliatorio entre el proveedor y el consumidor no significa aceptación de responsabilidad administrativa de proveedor.

²⁶⁴ Es muy útil que el conciliador elabore una agenda de los puntos a tratar y el orden en que estos se tratarán, para dar inicio a la fase de búsqueda de soluciones. El conciliador puede ayudar realizando un breve resumen de los hechos principales indicados, y a partir de ello empezará a plantear todas las alternativas de solución posibles al problema, de acuerdo con los intereses de ambas partes.

sin causa justificada, se presumirá legalmente como cierto lo manifestado por el consumidor, haciéndolo constar en acta y se remitirá el expediente al Tribunal Sancionador, para que se inicie el procedimiento sancionatorio correspondiente.

En caso que el consumidor no asista por segunda vez a la audiencia de conciliación y no presente justificación²⁶⁵, se tendrá por desistido el reclamo y se archivará el expediente, no pudiendo éste presentar otro reclamo por los mismos hechos.

El otro medio alternativo de solución de conflictos es **“la Mediación”²⁶⁶** que puede definirse como aquel a través del cual se desea lograr un acuerdo rápido y económico en términos de tiempo, dinero y esfuerzo. A la mediación se le llama un “método no adversarial”, porque a diferencia del proceso judicial, en ella las partes²⁶⁷ no se consideran adversarios ni se busca que alguien gane y otro pierda, no se está compitiendo, sino que se busca lograr una solución práctica que satisfaga las necesidades e intereses de los participantes.

²⁶⁵ El plazo para presentar la justificación de inasistencia, para el proveedor como para el consumidor es de tres días contados a partir de la fecha de la audiencia.

²⁶⁶ En la mediación las partes involucradas en el conflicto intentan resolverlo por sí mismas, con la ayuda de un tercero imparcial que actúa como favorecedor y conductor de la comunicación, denominado mediador.

²⁶⁷ En la mediación las partes asumen su protagonismo en la búsqueda de alternativas posibles de solución y controlan por sí mismas el proceso cuyo desarrollo es rápido e informal. La decisión a la que eventualmente arriben es elaborada por ellas mismas y no por un tercero, como en el caso de un pronunciamiento judicial.

La Mediación procede cuando el consumidor lo solicite de manera expresa; citando hasta por segunda vez al supuesto responsable del hecho denunciado.

La Defensoría dentro de los cinco días siguientes designará inmediatamente un mediador²⁶⁸, que será un facilitador de la comunicación entre las partes; luego procederá a citarlas para la primera audiencia o sesión conjunta, señalándoles día y hora para su comparecencia. El mediador podrá celebrar audiencias privadas con cada uno de los interesados, previa comunicación y consentimiento de la otra parte.

En la primera audiencia conjunta, el mediador iniciará el procedimiento indicando a las partes el rol que desempeñará durante la mediación, les brindará información básica sobre el procedimiento a seguir y concretará las reglas de comportamiento que deben observar dentro de las audiencias.

Continuara por recabar la información pertinente sobre las percepciones del conflicto que tienen los participantes, sus metas y sus expectativas, y la situación de conflicto. Luego viene la etapa de definir los intereses de cada parte, en la cual cada uno de los implicados tiene la oportunidad de exponer su versión de como ocurrieron los hechos, a fin de ser escuchado por la otra parte.

Identificado el conflicto a partir de toda la información de que se dispone se trata de elaborar una definición compartida del problema, es

²⁶⁸ El mediador no valora ni juzga es decir que no tiene autoridad para imponer una solución a ninguna de las partes, característica que lo diferencia del juez o del árbitro. Es una persona entrenada para asistir a aquellas otras que se encuentran en conflicto, estimulándolas, guiándolas y escuchándolas para que ellas mismas arriben a un acuerdo.

decir, una definición del conflicto aceptada por las dos partes, para entrar a la etapa de generación de opciones. El mediador puede colaborar haciendo una lista de todas las opciones que se han mencionado, y enseguida recordar a los participantes cuáles son los criterios en los que van a basar la evaluación de dichas opciones²⁶⁹.

Luego se elabora un acuerdo que se hace constar en acta, en la cual se identifican las partes y al mediador, las materias que fueron sometidas al trámite de mediación, un resumen de los hechos y las pretensiones de las partes, el acuerdo expreso de manera clara y definida, determinando las obligaciones a cargo de cada parte, el lugar, las condiciones y plazos para su cumplimiento, y las firmas de las partes y del mediador.

Durante todo el procedimiento de mediación, los mediadores deberán respetar los principios de confidencialidad e imparcialidad.

El acta donde consta el acuerdo total o parcial de la controversia que es entregada a las partes producirá los efectos de la transacción y la certificación que de ella extienda la Defensoría tendrá fuerza ejecutiva²⁷⁰. Cuando no se ha logrado resolver el conflicto por medio de conciliación o mediación procede el “**Arbitraje en equidad, Técnico o de Derecho**”.

²⁶⁹ Con ello se busca arribar a un acuerdo en el que los participantes evalúan cuál de las distintas opciones planteadas pueden ser aceptadas y cuáles pueden funcionar, las ventajas e inconvenientes, las dificultades para llevar a término las distintas opciones, para finalmente determinar quien hace qué, cuándo, cómo y dónde.

²⁷⁰ Que tenga fuerza ejecutiva significa que es el documento base para acudir ante los tribunales a exigir el cumplimiento de lo acordado. El consumidor debe acudir a la Defensoría a exponer que el proveedor ha incumplido el acuerdo, y solicitar que ésta lo represente ante los tribunales para exigir el cumplimiento.

El Arbitraje²⁷¹ es el método alternativo de solución de controversias que procede ante la falla de la conciliación y la mediación, o bien ante la petición expresa de su realización o designación contractual previa. Puede ser en equidad, técnico o de derecho; siendo el primero el también llamado de amigables compondores en el cual los árbitros proceden con completa libertad y deciden de acuerdo a lo más conveniente al interés de las partes, atendiendo a su conciencia, a la verdad y a la buena fe²⁷²; el arbitraje técnico es el dado en razón de específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio²⁷³; y el último es aquel en que los árbitros fundan sus decisiones en la ley²⁷⁴.

En el arbitraje las partes involucradas en el conflicto otorgan el poder de decidir la solución a un tercero ajeno al problema, denominado árbitro, para que éste emita una decisión denominada laudo arbitral. La diferencia de los otros medios de solucionar conflictos con el arbitraje consiste que en aquellos las partes únicamente son asistidas por un tercero que es el mediador o conciliador, mientras que en el arbitraje el tercero llamado arbitro es quien adopta la decisión que va a solucionar el conflicto.

²⁷¹ Se rige por los principios, como la flexibilidad, con base en el cual las actuaciones son más informales, adaptables y simples que en un proceso judicial, la celeridad, la audiencia y la contradicción.

²⁷² Artículo 120, literal a: “Arbitraje en equidad; llamado también de amigables compondores, que es aquel en que los árbitros proceden con entera libertad, deciden según sea más conveniente al interés de las partes, sin atender más que a su conciencia, la verdad y la buena fe”. Ley de Protección al Consumidor.

²⁷³ Artículo 120, literal b: “Arbitraje Técnico; es aquel cuando los árbitros pronuncian su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio”. Ley de Protección al Consumidor

²⁷⁴ Artículo 120, literal c: “Arbitraje de derecho; es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente”. Ley de Protección al Consumidor

Debe tenerse en cuenta que someter un conflicto al Arbitraje²⁷⁵ implica renuncia de las partes a iniciar proceso judicial sobre la materia o controversias sometidas al arbitraje; y la autoridad judicial que tome conocimiento de una controversia sujeta a convenio arbitral, debe declararse incompetente de conocer del caso cuando lo solicite la parte judicialmente demandada. En este caso, dicha parte puede oponer la excepción de arbitraje, que habrá de ser resuelta sin mayor trámite y sin lugar a recurso alguno contra la decisión.

La solicitud de Arbitraje que se presenta debe reunir los requisitos siguientes:

- a) Los datos que permitan identificar al consumidor y lugar donde puede ser notificado;
- b) Los datos que permitan identificar al proveedor y lugar donde puede ser notificado;
- c) La descripción breve de la disputa y el monto de la misma;
- d) La petición de someter la disputa a arbitraje, la clase de arbitraje propuesto y en caso de ser procedente, la designación del árbitro que le corresponde, o bien la solicitud de que los árbitros sean designados por la Defensoría. En caso de existir acuerdo previo de arbitrajes entre las partes, deberá anexarse copia de dicho acuerdo; y
- e) Lugar o medio técnico para recibir notificaciones.

Recibida la solicitud de arbitraje, se notifica al proveedor, quien deberá manifestar en el término de cinco días si la acepta o rechaza. Si no contesta

²⁷⁵ Generalmente las partes recurren al Arbitraje por las ventajas que presenta en comparación al sistema judicial de solución de conflictos, es una resolución pronta y menos costosa de los conflictos tramitados en la vía judicial, que permite confidencialidad, menor grado de enfrentamiento y posibilidad de mantenimiento de las relaciones comerciales.

se tomara como negativa, debiendo la Defensoría hacerlo constar en acta y Remitirlo al Tribunal Sancionador.

Si es aceptada se pasará al nombramiento del árbitro o árbitros²⁷⁶, según la cuantía de lo disputado, de la siguiente manera:

- a) En caso de disputas cuya cuantía sea de hasta mil dólares conocerá un sólo árbitro nombrado por la Defensoría o por las partes si éstas se ponen de ²⁷⁷acuerdo.
- b) Si se tratare de disputas de cuantía superior, podrá conocer un Tribunal de árbitro único o de tres árbitros nombrados por la Defensoría, según la voluntad de las partes; salvo que éstas dispusieren designar de común acuerdo, en el primer caso al árbitro, o nombrar cada una un árbitro en el segundo caso, debiendo los así designados nombrar al tercer árbitro; en caso de no ponerse de acuerdo, la designación la hará la Defensoría.

Una vez que el árbitro ha aceptado, comienza a correr el plazo para dictar el laudo arbitral, el cual es de sesenta días, que puede prorrogarse si las partes así lo desean. El Tribunal arbitral, o el único árbitro en su caso

²⁷⁶ Artículo 125 inciso tercero y cuarto: “Los árbitros serán elegidos de entre una lista de árbitros acreditados por la Defensoría y su remuneración correrá a cargo de ésta, salvo el caso en que las partes o alguna de ellas decida nombrar su propio árbitro, en cuyo caso la remuneración será por su cuenta.

Sólo las personas naturales que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos ciudadanos podrán ser designadas como árbitros. Cuando el arbitraje hubiere de decidirse con sujeción a derecho, los árbitros serán además, abogados en el libre ejercicio de la profesión. Cuando el arbitraje se deba resolver conforme a normas o principios técnicos, los árbitros deberán ser expertos en el arte, profesión u oficio respectivo”. Ley de Protección al Consumidor

²⁷⁷ Este periodo denota la celeridad de este tipo de procedimiento frente a un proceso judicial.

deben aceptar el cargo e instalarse, para posteriormente nombrar al Presidente y Secretario.

Se requerirá a la parte demandante el escrito de demanda²⁷⁸, a la cual se anexará la prueba documental pertinente y que deberá presentar en el plazo de cinco días a partir de la realización de esta audiencia.

La siguiente fase es la contestación de la demanda, que deberá llenar en lo pertinente, los requisitos establecidos para la demanda, y corresponde realizarse en el plazo de cinco días hábiles contados a partir de la notificación del auto de admisión de aquella.

Posteriormente se procede a celebrar las audiencias de prueba y alegatos. La Audiencia de Prueba se realizará previa cita de las partes y con la presencia de todos los miembros del tribunal, y en la que podrá presentarse cualquier tipo de prueba, valoradas según las reglas de la sana crítica.

La fase de alegatos será oral y finalmente se dictará el laudo arbitral por escrito, debidamente fundamentado o motivado. La certificación del laudo arbitral firme tiene la misma fuerza y validez de una sentencia ejecutoriada y pasada en autoridad de cosa juzgada.

La denuncia es uno de los medios a través de los cuales el consumidor puede hacer valer sus derechos, pero La Defensoría haciendo

²⁷⁸ Art. 130.- “La demanda deberá contener como requisitos mínimos: a) Nombre y dirección de las partes; b) La relación de los hechos; c) El petitorio; d) La enumeración y ofrecimiento de la prueba; y e) Designación del lugar o medio técnico para recibir notificaciones y lugar para emplazar al demandado”. Ley de Protección al Consumidor

uso de su potestad de verificación puede revisar los contratos de adhesión de todo el que se considere proveedor.

Si al realizar la revisión la Defensoría detecta la existencia de cláusulas que se consideren abusivas de acuerdo a la ley, se le notificara al proveedor para que se pronuncie sobre tal circunstancia dentro del plazo de cinco días contados a partir del día siguiente al de la notificación.

Hay que tener en cuenta que: *“El carácter abusivo de una cláusula se evaluará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, las circunstancias que concurran en el momento de su celebración y las demás cláusulas del mismo o de otro del que éste dependa. Se tendrán por no escritas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se determine el carácter abusivo”*²⁷⁹.

Si al escuchar los alegatos del proveedor se concluye que alguna de las cláusulas tiene el carácter de abusiva se le prevendrá para que dentro del termino de quince días contados a partir del siguiente a la notificación subsane tal situación; si no lo hiciere se prohibirá el uso de los formularios procediendo a retirarlos, sin perjuicio de la posibilidad que el Presidente de la Defensoría inicie ante el Tribunal Sancionador un procedimiento sancionatorio para imponer la sanción o sanciones que correspondan²⁸⁰.

²⁷⁹ Ley de Protección al Consumidor, Artículo 17, inciso final.

²⁸⁰ Un ejemplo de esto lo constituye el procedimiento administrativo sancionador, registrado con referencia **797-07**, que fue iniciado por denuncia interpuesta por la Presidencia de la Defensoría, con base en los artículos 143 letras b) y d) de la Ley de Protección al Consumidor, contra la sociedad Protege, S.A. de CV., atribuyéndole un incumplimiento de contrato, e inclusión de cláusulas abusivas; en el cual el Tribunal resolvió sancionar a la sociedad Protege, S.A. de CV. con la cantidad de cincuenta y un mil ciento veinte dólares (\$51,120,00), por la infracción prevista en el Art. 44 letra e) de la Ley de Protección al Consumidor, referida a la inclusión de cláusulas abusivas; y además con la

El Tribunal Sancionador es el ente permanente y colegiado de la Defensoría del Consumidor con las atribuciones de instruir los procedimientos sancionatorios en materia de protección al consumidor; imponer las sanciones²⁸¹ y conocer de los demás asuntos que tiene atribuidos por ley.

Este procedimiento sancionatorio²⁸² procede cuando:

- a) Cuando alguna de las partes haya desistido de someter el conflicto a alguno de los medios alternos de solución de controversias;
- b) Si se tratare de intereses colectivos o difusos;
- c) Si tratándose de intereses individuales no hubo arreglo en la mediación o conciliación; y
- d) Al tener la Defensoría conocimiento de la infracción por cualquier medio²⁸³.

cantidad de treinta y cuatro mil ochenta dólares (\$34,080.00), por la infracción prevista en el Art. 43 letra e) de la Ley de Protección al Consumidor, referida a incumplimiento contractual.

²⁸¹ <http://www.defensoria.gob.sv>, consultada el 10 de octubre de 2009 a las 4:30 PM. Una de las áreas estratégicas de la Defensoría del Consumidor es la Aplicación ágil y oportuna de la ley, que tiene como objetivo Vigilar el cumplimiento de la ley mediante la determinación ágil y oportuna de asistencia de infracciones a la Ley de Protección al Consumidor y el ejercicio de las potestades sancionatorias que confiere la misma.

²⁸² El procedimiento sancionatorio es el conjunto de fases o etapas que la Administración Pública debe seguir cuando existen elementos que indican que se ha cometido una infracción. La resolución final puede determinar que se ha cometido la infracción y sancionar, o que no se ha cometido, declarando que no hay responsabilidad para el presunto infractor.

²⁸³ En este caso y cuando se trate de intereses difusos el procedimiento se iniciara por denuncia escrita del Presidente de la Defensoría en la que se expongan en forma precisa las conductas observadas, sus antecedentes, disposiciones legales que consideren infringidas, medidas cautelares ordenadas en su caso, así como la calificación que le merezcan los hechos y demás datos que considere oportunos. En los demás casos, el procedimiento se iniciará con la certificación que al efecto remita el Centro de Solución de Controversias y Medios Alternos de Solución de Conflictos de la Defensoría.

Se recibirá la documentación base para iniciar el procedimiento, la cual puede ser una denuncia proveniente del Presidente de la Defensoría, o una certificación de diligencias proveniente del Centro de Solución de Controversias²⁸⁴.

Se resolverá su admisión, analizando si se han aportado los elementos necesarios para imputar a una persona el presunto cometimiento de una infracción. Si es el Presidente de la Defensoría quien presenta la denuncia y esta no cumpla con los requisitos legales, se le hará una prevención que de no cumplirse se declarará inadmisibile.

Para iniciarse el procedimiento se dictará una resolución de inicio y se citará al proveedor para que en el término de cinco días pueda ejercer su defensa, presentando los argumentos que considere necesarios. En esta misma etapa puede darse el incidente para pronunciarse sobre medidas cautelares.

Con la contestación del proveedor o sin ella se abrirá a pruebas el procedimiento por ocho días. Pueden presentarse las pruebas que admite la legislación común, como testigos, todo tipo de documentación, inspección, peritajes, etc., y serán apreciadas según las reglas de la sana crítica

Recibidas las pruebas se emitirá la resolución final en el plazo máximo de diez días, sancionando al proveedor o declarando que no se estableció la infracción, según corresponda.

²⁸⁴ El Centro de Solución de controversias envía la documentación cuando alguna de las partes haya desistido de someter el conflicto a alguno de los medios alternos de solución de controversias o si tratándose de intereses individuales no hubo arreglo en la mediación o conciliación.

Las sanciones²⁸⁵ a imponer dependerán de la infracción cometida y que según la Ley de Protección al Consumidor²⁸⁶ se clasifican en leves, graves y muy graves.

En el caso de la inclusión de cláusulas abusivas la falta es muy grave, las que se sancionan con multa²⁸⁷ hasta de quinientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.

4.6.1 Consideraciones a la clasificación de Cláusulas Abusivas en la Ley de Protección al Consumidor.

La Ley de Protección al Consumidor es la norma secundaria que establece una política de protección a los derechos de la población consumista. En cuanto a la contratación de servicios, dicha Ley establece algunas practicas o circunstancias que pueden ocasionar perjuicio a los consumidores, siendo una de ellas la introducción de cláusulas abusivas en los contratos; La Ley de Protección al Consumidor en su Art. 17, define lo que debe de entenderse por cláusulas abusivas:

²⁸⁵ La sanción es la consecuencia ante la comprobación de una infracción, es un acto que dicta la Administración, en este caso la Defensoría, que puede consistir en la privación de un bien o de un derecho o en la imposición de una obligación.

²⁸⁶ Artículo. 41.- “Las infracciones a que se refiere esta ley se clasifican en: leves, graves y muy graves”. Ley de Protección al Consumidor.

²⁸⁷ Las multas son una forma de sanción que consiste en la orden de pagar determinada suma de dinero. Existen además otras sanciones como el decomiso de productos o el cierre de establecimientos.

“Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes...”.

Antes de hacer un análisis de la distinción que consigna el Art. 17, se debe tener conocimiento del significado de la palabra abusiva, que se deriva de abusar, distinguiéndose como: *“Usar mal o indebidamente de alguna cosa; abusar de la confianza de alguien”*²⁸⁸; es importante además tener en cuenta la definición de la palabra abuso: *“Uso abusivo, excesivo o injusto; mal uso que hace uno de la confianza depositada”*²⁸⁹.

En pocas palabras, el término abusivo se utiliza en dos sentidos, el primero para designar una traición a la confianza que se le tiene a alguien, y segundo, aprovechar la condición de superioridad o de dominio, para someter a otra persona; la distinción que se ha mencionado, hace referencia a la conducta que tiene una persona, en cuanto a su relación con los demás, en la que puede aprovecharse de las circunstancias para lograr lo que quiera a través del engaño; en conclusión el abuso atenta contra la confianza en las relaciones personales.

En materia de contratos, también existe el elemento denominado confianza, porque al celebrarse, se tiene la creencia que la persona con quien contrata, en verdad cumplirá la obligación que ha asumido, tal y como

²⁸⁸ GARCÍA-PELAYO y Gros, Ramón, “LAROUSSE, Diccionario Manual Ilustrado”, Décima Edición, México, 1997, Pág. 5. Define el termino abusivo desde el punto de vista del aprovechamiento que hace una persona de la confianza de otra, dándole un mal uso al objeto del acuerdo, que bien pusiera ser un enriquecimiento ilícito

²⁸⁹ GARCÍA-PELAYO y Gros, Ramón, “LAROUSSE, Diccionario Manual Ilustrado”..., Pág. 5. La definición que hace el autor también hace referencia a la conducta de una persona, pero no desde el punto de vista de la contratación, sino en las relaciones entre las personas en general.

se ha estipulado; el Código Civil es el que se encarga de regular esa relación contractual para que la obligación pactada sea cumplida, y se respeten ambas condiciones en las que se encuentran las partes, pero a pesar de ello, las partes siempre se encuentran expuestas a que no se cumpla lo acordado, o que se introduzcan en el contrato cláusulas que abusen de esa confianza, la cual ocasiona un perjuicio para la otra parte.

Retomando la definición de cláusulas abusivas que hace la Ley de Protección al Consumidor, en primer lugar se puede observar que en ella es posible englobar el más variado tipo de casos que puedan existir actualmente, porque se consideraran cláusulas abusivas “*todas aquellas estipulaciones*”, no restringiendo los casos en que puedan darse.

Las estipulaciones que son objeto de la ley, según el Art. 17, serán las que están “*en contra de las exigencias de la buena fe*”.

Por buena fe debe de entenderse “*Rectitud, honradez, hombría de bien, buen proceder; creencia o persuasión personal de que aquel de quien se recibe una cosa, por título lucrativo u oneroso, es dueño legítimo de ella y que puede transferir el dominio*”²⁹⁰; y siendo el caso que nos ocupa en materia de contratos, se debe definir además, lo que se entiende por buena fe contractual que es “*La buena fe aplicada al cumplimiento de las obligaciones contractuales y que presenta dos aspectos fundamentales que*

²⁹⁰ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, “Diccionario Jurídico Elemental”, Edición 1998, Editorial Heliasta, Argentina, Pág. 54. Esta definiendo la buena fe, desde un punto de vista general, porque existe una definición de éste concepto, desde el punto de vista de la materia que se esté tratando, por ejemplo, en Civil, Penal, etc., por lo que según sea la materia así serán las exigencias, pero no hay que dejar de la lado que la buena fe tiene una base genérica, y ésta es la moral, y en ése sentido aunque tenga diferente significación, su contenido esencial siempre irá encaminada a las exigencias de la moral, relacionada a la confianza.

*son la buena fe-creencia, en cuanto a conocimiento de no estar actuándose en detrimento de un interés legítimo, y la buena fe-lealtad, como intención de cumplir con los deberes jurídicos que resulta del contrato*²⁹¹.

El Código Civil define la buena fe en su Art. 750 primer párrafo: *“La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo vicio”*.

Con las definiciones que se han establecido del concepto de buena fe, todavía no queda muy claro en cuanto a las exigencias que ella implica, por lo que para determinar dichas exigencias y comprender mejor a qué se refiere en el Art. 17 de la Ley de Protección al Consumidor, se harán algunas consideraciones sobre *“la buena fe”*:

Las leyes están inspiradas en una serie de principios que a veces no se encuentran taxativamente consignadas en ellas, pero a la hora de solucionar un conflicto, debe de estarse a lo que ellas dicten, o si no se encuentra una solución en la Ley escrita al caso concreto debe de buscarse en las normas de los principios generales del Derecho; se utilizan ante vacíos legales o lagunas²⁹². La buena fe es uno de esos principios generales

²⁹¹ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, “Diccionario Jurídico Elemental”..., Pág. 54. Siendo que el concepto de buena fe tiene su propia definición desde la óptica en que se esté desarrollando, en éste caso el autor define el significado de la buena fe desde el punto de vista contractual. El contrato es una de las fuentes de las obligaciones, por lo que se hace referencia en el concepto de ésta relación, en la que ambas partes se obligan a realizar una determinada prestación, así como que cuando solamente una de las partes se obliga, y en la espera o confianza que se tiene que se cumplirá lo pactado y que el objeto no

²⁹² VALENCIA ZEA, Arturo, “Derecho Civil Tomo I Parte General y Personas”, Temis, Bogotá, 1981, Pág. 190 y 191. Principios generales del Derecho, los define como: “la fuente última a que debe recurrir todo intérprete cuando necesite llenar una laguna o vacío del Código o de la ley (...) Sabemos que la norma jurídica es una proposición jurídica que atribuye determinada consecuencia jurídica a un supuesto de hecho. Estas son, en muchos casos, normas singulares que hacen parte de uno más general”.

del Derecho, solamente que en caso de la contratación, éste principio se encuentra expresamente como regla que debe de ser observada por las partes contratantes, así como lo establece el Art. 1417 del Código Civil:

“Los contratos deben de ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a los que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella” .Código Civil”.

El origen histórico de la buena fe, muchos autores encuentran su punto de partida en el Derecho Romano honorario, el cuál adoptó el principio de la *“bonae fidei (buena fe)”*, como un freno a la ritualidad y rigidez del sistema contractual de esa época, porque fue aplicado exclusivamente en materia contractual, porque buscaba corregir las injusticias que los contratos significaban²⁹³; eran demasiados rígidos en cuanto a sus solemnidades, y aunque ofrecía certeza jurídica, en muchas ocasiones su contenido no correspondía a las normas de la equidad y la voluntad real de las partes.

Eso conllevó a que se creara, mediante el derecho honorario, nuevos tipos de contratos, denominados *“bonae fidei”*, cuya interpretación no se fundaba en las formas o solemnidades del contrato, sino en el querer y en la voluntad²⁹⁴; en los años veinte nace la concepción de la *“Regla Moral en las*

²⁹³ www.docentes.unal.edu.co/.../LINEA%20JURISPRUDENCIAL, visitada el día 26 de octubre de 2009. Esos contratos han sido denominados como *stricti juris*, porque para éste tipo de contratos, el contenido de las prestaciones u obligaciones quedaba fijado de manera precisa e irrevocable merced a las solemnidades que acompañaban el contrato

²⁹⁴ www.docentes.unal.edu.co/.../LINEA%20JURISPRUDENCIAL. Estando supeditado el contrato a la voluntad de las partes, se evitaban abusos e injusticias que significaba estarse sometiendo a determinadas solemnidades que en muchos casos podrían no corresponder con el motivo del porqué

obligaciones Civiles”, quien señala que si el derecho positivo se funda en una idea mas o menos de justicia, ella debe de basarse en una idea moral impuesta por la razón, la conciencia, o simplemente observado por un hábito o respeto humano, que evite el abuso del Derecho y repruebe toda forma desleal o inequitativa de actuar dentro del mundo jurídico, y el autor Georges Ripert afirma: *“En realidad no hay entre la regla moral y la regla jurídica ninguna diferencia de dominio, de naturaleza, ni de objeto, ni puede haberla, por que el derecho debe de realizar la justicia, y la idea de lo justo es una idea moral”*²⁹⁵.

Por consiguiente el principio de la buena fe, es de contenido moral, y sus efectos o exigencias son de tipo moral, surgiendo así el problema o discusión sobre el actuar de buena o mala fe. Sobre ésta discusión se tiene que intentar saber cuál es la intención de quien actuó en una relación jurídica o comercial, y si resulta culpable, no le amparan los derechos que una determinada situación jurídica le otorga, porque es culpable de querer perjudicar a la otra parte.

Las partes contractuales están obligadas a respetar el vínculo jurídico a que se han sometido por su libre voluntad, obrando de buena fe, ambos, cada uno frente al otro, es decir, están sometidos a la observancia de una conducta moral, esto porque en una relación contractual por ejemplo, hay una sumisión de un hombre por otro, y ésta no se puede permitir sino con

celebrar un contrato, y eran exigencias que sin las cuales el contrato no tenia validez, debiéndose de someterse a ellas.

²⁹⁵ RIPERT, Georges, “La Regla Moral en las obligaciones Civiles”, Bogotá Colombia, 1946, Pág. 18. El principio de la buena fe, es de carácter mora, y podríamos decir que es una de las manifestaciones de la justicia, porque la buena fe en los contratos persigue eso mismo, la justicia en la contratación, que no haya una inequidad de derechos y obligaciones, en perjuicio de una parte determinada.

fines legítimos, y que debe de estar protegida por la Ley, que también debe de tomar en cuenta la concepción moral, convirtiéndola en una regla jurídica de obligatoria observancia, por lo que los actos jurídicos deben de ser cumplidos de buena fe, es decir, con entera lealtad, con intención recta y positiva, para que así pueda realizarse exacta y satisfactoriamente la finalidad social y privada a que obedece su celebración porque no es aplicable solo a los contratos, sino a todos los actos jurídicos y, lo que es más, a todas las obligaciones, cualesquiera que sean sus fuentes²⁹⁶.

En conclusión, la buena fe indica que cada una de la partes deben de celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, ejercer sus derechos, mediante el empleo de una conducta de fidelidad, es decir, por medio de la lealtad y sinceridad que imperan en una comunidad de hombres dotados de criterio honesto y razonable. La buena fe se desdobra en dos aspectos, primeramente cada persona debe usar para con aquel con quien establece una relación jurídica, una conducta sincera, vale decir, ajustada a las exigencias del decoro social; en segundo termino, cada persona tiene derecho a esperar de la otra esa misma lealtad o fidelidad. En el primer caso se trata de una buena fe activa, y en el segundo, de una buena fe pasiva (confianza)²⁹⁷.

La buena fe implica entonces, la ausencia de dolo o mala fe, honesta convicción, honradez, voluntad sincera, leal y fiel, deber de asistencia, de

²⁹⁶ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, “Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico”, Quinta Edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1998, Pág. 331. La sumisión del hombre por el hombre la está tratando desde el punto de vista contractual, en el que las partes se someten a la Ley.

²⁹⁷ VALENCIA ZEA, Arturo, “Derecho Civil Tomo I Parte General y Personas”, Novena Edición, 1981, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, Pág.196. La buena fe, desde el punto de vista contractual, opera de manera distinta en cada una de las partes, pero su tronco común, es que ambas deben de guardar la debida fidelidad y lealtad de cumplir lo pactado.

colaboración, de cooperación, de ayuda mutua y al límite de amistad y de fraternidad, un standard jurídico, es decir, un modelo de conducta social, si se prefiere, una conducta socialmente considerada como arquetipo, o también una conducta que la conciencia social exige conforme a un imperativo ético dado²⁹⁸. Estas son las exigencias de la buena fe, a que se refiere el Art. 17 de la Ley de Protección al Consumidor, por consiguiente las conductas que atenten contra dichas exigencias, son las que la Ley prohíbe, y luego describe la consecuencia de obrar de mala fe, la cuál es lógica y es *“un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes”*

La palabra desequilibrio, está siendo usada por la Ley, como desigualdad, y es importante recordar que la obligación de una parte, es correlativa de un derecho para la otra, es decir, existen obligaciones correlativas, pero ésta correlatividad solamente se puede observar en los contratos de libre discusión, por lo que en los contratos de adhesión, es cuando se puede observar el desequilibrio a que hace alusión la Ley de Protección al Consumidor, porque en éste caso el contrato es impuesto, pudiendo ser que la parte que lo redacta sea el que se otorgue más facultades perjudicando a la otra.

Pero lo anterior no es del todo cierto, porque existe a favor del consumidor el principio de la autonomía de la voluntad, que le da la facultad a éste, de decidir aceptar dichas condiciones o no, sin embargo, en los contratos de adhesión se encuentran condiciones generales que limitan la autonomía de la voluntad, pero no de ambas partes, sino de una, la que se

²⁹⁸ www.docentes.unal.edu.co/.../LINEA%20JURISPRUDENCIAL. Las implicaciones de la buena fe son muy amplias, porque en esencia es de contenido moral, además que depende de en qué materia se esté tratando, así serán las exigencias que la buena fe requiera.

denomina “*parte adherente*”, las cuales son impuestas por la parte más fuerte, denominada “*parte predisponente*”²⁹⁹.

En primer lugar las condiciones generales de los contratos, definiéndose como “*cláusulas o pactos que se incluyen en todos los contratos relativos a concretos objetos y que se imponen a todos lo que quieran celebrar aquellos contratos*”³⁰⁰. Es decir, son cláusulas contractuales, impuestas y predispuestas.

La condición general no deja de serlo aunque el mismo contrato contenga cláusulas negociadas. El contrato de adhesión contiene normalmente tan solo condiciones generales; pero es también frecuente que contenga cláusulas pactadas por acuerdo de las partes, conforme al principio de autonomía de la voluntad, y condiciones generales, sometidas a su régimen jurídico propio.

En los contratos de adhesión, la autonomía de la voluntad se ve limitada por las condiciones generales de los contratos, los cuales son

²⁹⁹ www.consumo-inc.es/Publicac/EC/2000/EC54/Ec54_06.pdf, visitada el día 26 de octubre de 2009. El principio de la Autonomía de la Voluntad juntamente con el de la propiedad privada, son los dos principios de mas importancia para el negocio jurídico. El principio de la Autonomía de la Voluntad se verifica en el negocio jurídico de dos formas: la *libertad de contratar*, en el sentido de libertad de las partes contratantes de celebrar o no un determinado contrato y *libertad contractual*, en el sentido de que las partes contratantes pueden constituir el contenido del contrato. La *libertad de contratar* significa la libre opción del individuo entre contratar y no contratar respecto al tipo contractual - tipificado en la ley, atípico o modificando el típico- y respecto a la otra parte contratante. La *libertad contractual* alcanza a la libertad de establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente

³⁰⁰ www.consumo-inc.es/Publicac/EC/2000/EC54/Ec54_06.pdf, visitada el día 26 de octubre de 2009. La definición recoge tres aspectos elementales: 1) son cláusulas contractuales: llamadas a integrar el contenido del contrato; 2) cláusulas predispuestas: redactadas previamente al momento de la perfección del contrato; y 3) cláusulas impuestas: que se presenta al contratante sin darle lugar a negociación o discusión.

impuestos por el predisponente al adherente, por lo que la ley debe de impedir que sea favorable al primero y un perjuicio para el segundo. Esto implica que desde un inicio existe un desequilibrio en los derechos de la partes, porque es el predisponente el que impone las condiciones del contrato, y es precisamente por eso que la Ley debe de establecer un control sobre éste tipo de contratación.

Es decir que el desequilibrio en los derechos y obligaciones en perjuicio del consumidor, no solamente puede evidenciarse en una cláusula, sino que desde el inicio de la contratación, porque si el cliente quiere entablar un negocio jurídico con el Banco u otra entidad, es necesario que se adhiera a las condiciones que se le imponen.

En cuanto a cláusulas abusivas, debe de entenderse las que den una ventaja al predisponente, y que ocasione al consumidor un perjuicio en el ejercicio o reclamo de sus derechos, aumentando sus obligaciones o agravándolas, lo que da como resultado un desequilibrio en la relación contractual. Ejemplo de dicho desequilibrio es cuando se incluyen estipulaciones en las cuales el cliente se pueda poner a propósito en una situación de mora, como por ejemplo que la cuota se pague solamente en determinadas horas, o en determinadas sucursales del banco, no pago por adelantado, permitir que el contrato sea modificado por el banco, entre otras.

Analizado cada uno de los elementos que componen la definición de cláusulas abusivas, es importante reflexionar sobre ellas. En primer lugar, se habla de exigencias de buena fe, estableciendo cuáles son dichas exigencias, las cuales son de contenido moral, y siendo de contenido moral, se tiene que valorar la intención de los contratantes, porque así lo establece el Código Civil:

“Conocida claramente la intención de los contratantes, debe de estarse a ella mas que a lo literal de las palabras”³⁰¹.

En consecuencia, para saber cuando se ha estipulado una cláusula de mala fe o de buena fe, se tiene que entrar a valorar la intención del porqué de esa cláusula, lo que conlleva al problema de la valoración de algo subjetivo, constituyéndose la dificultad de saber con acierto su buena o mala fe. Para salir un poco de ésta dificultad, se tiene que interpretar y analizar todo el contrato, qué tipo de contrato es, cuales son las cualidades del cliente, las circunstancias que se dieron en el momento de la contratación y establecer la verdadera intención de la contratación, y lo más importante a qué tipo de necesidad responde el contrato.

Por ejemplo si se denuncia una cláusula de un contrato de apertura de crédito, en que el objetivo es otorgar una disponibilidad de crédito, y se pacta una cláusula en la que se establece que si no se empieza a utilizar el dinero en 24 horas, se le cobrara un recargo, se está limitando el derecho de hacer uso del crédito, porque la persona tiene derecho de empezar a hacer uso del crédito cuando quiera y aún de no hacerlo, además puede ser que la necesidad por la que contrató el crédito sea futura, y el banco a sabiendas que en virtud del contrato se crea una facultad de disponer cuando quiera, inserta esa cláusula, es abusiva, porque lo está impulsando a hacer uso del crédito y así se cobraran los intereses y demás estipulaciones.

El problema es cuando la misma ley otorga la facultad a los bancos para que puedan realizar estipulaciones que causan un desequilibrio a los

³⁰¹ Es una de las reglas de interpretación de los contratos que establece el Código Civil en su Artículo 1431, y es importante hacer resaltar que no impone un método para conocer la intención de los contratantes, sino que dice “conocida”, lo que indica que se estará a la intención de los contratantes cuando ésta sea manifiesta, e inequívoca.

derechos de los consumidores, porque la misma Ley de Bancos les otorga atribuciones en cuanto a la libertad de estipular las tasas de interés, las tasas activas, y en virtud de ello, se estipula en el contrato que puede el Banco puede cambiar el interés pactado, constituyendo así un desequilibrio a los derechos de los consumidores, significando esto que el Banco puede cambiar a su decisión ésta condición del contrato³⁰².

Además tienen la libertad de realizar sus políticas y sistemas de control que les permitan manejar adecuadamente sus riesgos financieros y operacionales, lo que implica que ellos pueden establecer sus propias reglas de operación, y en virtud de ello pueden existir en un contrato cláusulas que signifiquen un desequilibrio a los derechos de las partes, específicamente para el cliente, con la diferencia que están permitidas por la Ley, aunque sean abusivas.

Luego el Art. 17 de la Ley de Protección al Consumidor, de manera ejemplificativa enumera algunos supuestos de cláusulas abusivas, las cuales no deben de tomarse como únicos supuestos, por lo que insistimos que la definición de cláusulas abusivas, se encuentra en el primer párrafo del artículo, los demás son casos ejemplificativos, entre los que se encuentran cláusulas que traten de eximir o sustraerse de la responsabilidad contractual, las que permitan modificar unilateralmente las condiciones del contrato, cláusulas que busquen el no cumplimiento de una obligación de cualquier forma, la renuncia de cualquier derecho que ampare al consumidor, los

³⁰² Art. 64. “Los bancos establecerán libremente las tasas de interés, comisiones y recargos; sin embargo las políticas de variación de tasas de interés deberán informarse previamente al Banco Central y éste podrá fijarlas solamente en los casos contemplados en el Artículo 29 de la Constitución o en situaciones de grave desequilibrio del mercado monetario y crediticio y por períodos no superiores a ciento ochenta días”... Ley de Bancos.

restrinja o amplíen los derechos del proveedor, y aquellas que signifiquen un perjuicio en un proceso, sea judicial o administrativo.

El último párrafo del Art. 17 en mención, establece: *“El carácter abusivo de una cláusula se evaluará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, las circunstancias que concurren al momento de su celebración y las demás cláusulas del mismo o de otro del que éste dependa. Se tendrán por no escritas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se determine el carácter abusivo”*³⁰³.

En cuanto a la *“naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato”*, tiene que ver a qué tipo pertenece, si son de primera necesidad, es decir, si son de tipo alimentario, de vivienda, de medicina, de salud; si son de tipo financiero como préstamos, seguros, tarjetas de crédito, de débito, etc.; si son de prestación de algún servicio, o de tiempo compartido, etc., lo que quiere decir, que según sea su naturaleza, así se evaluará si la cláusula es abusiva o no, dependiendo al tipo de necesidad que afecte.

Referente a *“las circunstancias que concurren al momento de su celebración”*, se puede decir que por la palabra *“circunstancia”* se debe entender *“Accidente de tiempo, lugar, modo, etc. Particularidad que acompaña un acto: circunstancias atenuantes o agravantes. Situación. Calidad o requisito. Circunstancia favorable o desfavorable”*³⁰⁴.

³⁰³ Se establece el efecto de la incorporación de cláusulas abusivas en un contrato, el cual es que se tendrán por no escritas, mencionándose además que antes de establecer si la cláusula es o no abusiva, deberá de someterse a ciertos parámetros que se encuentran consignados en el mismo inciso, lo que significa que al principio puede ser abusiva, pero tomando en cuenta dichas circunstancias, resulta que no mucho o que no porque está de acuerdo a lo permitido por el contrato.

³⁰⁴ Pelayo y Gross, Ramón García, *“Larousse, Diccionario Manual Ilustrado”*..., Pág. 175.

Las circunstancias que pueden concurrir al momento de la celebración pueden ser que el cliente se encuentre en una situación de necesidad o que se esté viviendo una emergencia que obligue al consumidor a aceptar las condiciones, o que se encuentre en un determinado lugar en que sea necesario adherirse a la contratación, la forma en que se le plantearon las cosas, induciéndolo a un engaño, que la empresa con quien contrata sea el único que ofrece un determinado producto, pudiendo establecer a su antojo las condiciones, etc.

“Las demás cláusulas del mismo (contrato) o de otro del que éste dependa” implica que se debe hacer una evaluación íntegra del contrato, porque puede ocurrir que por sí sola la cláusula no cause un tipo de perjuicio al consumidor, pero al hacer una interpretación íntegra del instrumento, pueda aparecer claramente que si constituye una desventaja para el.

Analizado el Art. 17 de la Protección del Consumidor, se puede decir que la definición que se establece en el primer párrafo, no es absoluta, lo que significa que el supuesto de cláusula abusiva debe de someterse a una evaluación, pero ésta evaluación no es precisamente para determinar la intención o la buena fe, más bien si esa cláusula atenta contra las exigencias de la buena fe y que causa un desequilibrio en sus derechos, es en verdad abusiva; es decir si se cumplen esos requisitos, pero si el objeto del contrato no lo amerita, no se considerara abusiva, lo que viene a constituir una contradicción, y limita la definición a determinados casos, porque depende del objeto del contrato, la naturaleza de los bienes y servicios y las circunstancias que concurren al momento de contratar.

Dichas circunstancias deben de tenerse en cuenta para determinar si se ha obrado de buena o mala fe, la interpretación íntegra del contrato y de

sus elementos externos anteriores a su celebración deben de tenerse en cuenta pero a favor del consumidor, para poder determinar si es abusiva o no una cláusula³⁰⁵.

En definitiva, una cláusula es abusiva cuando contradiga las exigencias de la buena fe, implique un desequilibrio en los derechos y obligaciones en perjuicio de los consumidores, el abuso o aprovechamiento que se determine de analizar las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, y la interpretación integral de todas las cláusulas que componen el contrato.

Igualmente se considera que será abusiva la cláusula que en un primer momento no lo es, pero al analizar las condiciones del contrato, y al hacer una interpretación integral del contrato, devenga una cláusula abusiva. La determinación de cláusula abusiva que se ha expuesto, no debe de ser considerada exagerada, porque a simple vista se cuentan con los mecanismos de protección necesarios que garantizan los derechos de los consumidores, pero al analizar la ley y la realidad contractual de los Bancos, la ley se queda corta, además dicha definición debe de ir cambiando y adaptándose a la realidad contractual, además dichas entidades financieras están dotadas de una libertad en cuanto a sus operaciones, por lo que la ley debe de estar siempre a favor del consumidor.

³⁰⁵ Las circunstancias que se han enumerado deben de servir para poder establecer de una mejor forma si una cláusula es abusiva a o no, debiendo se de ser interpretados como elementos que se tienen que tener en cuenta al momento de calificarla de esa manera, haciéndose una revisión íntegra del contrato para determinar si dichos elementos están contenidos dentro de él, por lo que hemos concluido con enumerar cada uno de los elementos que establece el Art. 17 de la Ley de Protección al Consumidor, como elementos que ayudan a determinar si una cláusula es abusiva o no, que debe de ser excluyentes, no esperando que la cláusula reúna todos esos requisitos, porque atentaría contra los derechos de los consumidores.

Para una mayor ejemplificación de lo que se debe entender por cláusulas abusivas y la forma en la cual van a identificarse en un contrato, es de mucha ayuda auxiliarse del Derecho Comparado, es decir, en atención a la normativa de otros países que se encuentran avanzados en materia de derechos de consumidores, específicamente en materia de cláusulas abusivas. Un ejemplo de dicho avance es España, donde cuentan con una ley denominada **“Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación”**³⁰⁶.

El objeto de la Ley, es regular las condiciones generales de la contratación, entendiéndose por éstas las cláusulas que regulan los contratos de adhesión. Son cláusulas redactadas por el empresario para utilizarlas en todos los contratos que vaya a perfeccionar con sus clientes, consumidores o usuarios, sin posibilidad de que éstos las negocien o modifiquen, previendo todos los aspectos de la relación entre uno y otros. Con ello se facilita la perfección de un gran número de contratos en poco tiempo³⁰⁷.

La Ley plantea que dado que en la redacción de las cláusulas contractuales impuestas no existe negociación por estar elaboradas por una

³⁰⁶ Ley 7/ 1998, de trece de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación, España. Las condiciones generales de la contratación, no es lo mismo que condiciones generales de los contratos, porque mientras éstas últimas se encuentran dentro de los contratos de adhesión, los primeros tiene como característica esencial que no están contenidas dentro del contrato, y por consiguiente el consumidor las desconoce, siendo ésta una de las razones por la cual, tanto la doctrina como las legislaciones, las rechacen. Hacen referencia a una costumbre utilizadas para el contrato del que se trate en cada caso sin que el consumidor pueda saber la existencia de éstas.

³⁰⁷ "http://es.wikipedia.org/wiki/Condiciones_generales_de_la_contrataci%C3%B3n", Categoría: Derecho de obligaciones, visitada el día veintinueve de octubre de 2009, la Ley de Condiciones Generales de Contratación, regula cuales serán las cláusulas que contendrán los contratos, es decir, las reglas de la contratación que se utilizarán por todas las empresas que utilicen en mismo tipo de contrato, debiendo de orientar las cláusulas a dichas condiciones.

sola de las partes del negocio sin contar con la otra, con frecuencia el empresario crea una regulación que le favorece y perjudica a sus potenciales clientes. Las condiciones generales de los contratos que producen ese desequilibrio contractual, se les denominan cláusula abusiva.

Las condiciones generales según el Art. 1 de la Ley son *“cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de 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”*³⁰⁸.

La Ley en mención, establece que dichas condiciones serán inscritas y el Art. 11 de la Ley crea un Registro de Condiciones Generales, y podrá solicitarse su inscripción por:

- a) El predisponente.
- b) Por el adherente y los legitimados para la acción colectiva, si consta la autorización en tal sentido del predisponente. En caso contrario, se estará al resultado de la acción declarativa.
- c) En caso de anotación de demanda o resolución judicial, en virtud del mismo mandamiento, que las incorporará.

La ley de Condiciones Generales incluye un apartado llamado *“disposición adicional primera”*, que contiene una modificación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, denominada *“Ley General para la Defensa de los*

³⁰⁸ Ley 7/ 1998, de trece de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación, España. Hace alusión de cómo se integrarán dichas condiciones generales, las cuales serán registradas en un Registro que crea la Ley para tal efecto, el cuál será público, pudiendo controlar los mismos consumidores si su contrato contiene dichas condiciones o no.

Consumidores y Usuarios”, y la modificación que realiza es en cuanto a cláusulas abusivas del Art. 10 bis, consignando un variado número de casos que serán considerados como cláusulas abusivas y para efectos de una mejor ilustración de lo que se debe entender por éstas, se expondrá su contenido:

A los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes:

I. Vinculación del contrato a la voluntad del profesional³⁰⁹.

1. Las cláusulas que reserven al profesional que contrata con el consumidor un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida, así como las que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor manifestar su voluntad de no prorrogarlo.

2. La reserva a favor del profesional de facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo, así como la de resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado si al consumidor no se le reconoce la misma facultad o la de resolver en un plazo desproporcionadamente breve o si previa notificación con antelación razonable un contrato por tiempo indefinido, salvo por incumplimiento del contrato o por motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del mismo.

³⁰⁹ El Art. 2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, define lo que debe entenderse por profesional para efectos de la Ley: “A los efectos de esta Ley se entiende por profesional a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada”. Lo que quiere decir, los empresarios que imponen las cláusulas de los contratos.

En los contratos referidos a servicios financieros lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el prestador de servicios se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el profesional esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato. Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de duración indeterminada, siempre que el prestador de servicios financiero esté obligado a informar al consumidor con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el profesional informe de ello inmediatamente a los demás contratantes.

3. La vinculación incondicionada del consumidor al contrato aun cuando el profesional no hubiera cumplido con sus obligaciones, o la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor que no cumpla sus obligaciones³¹⁰.

4. La supeditación a una condición cuya realización dependa únicamente de la voluntad del profesional para el cumplimiento de las prestaciones, cuando al consumidor se le haya exigido un compromiso firme.

³¹⁰ Todos los ejemplos de cláusulas que describe éste apartado, habla sobre la ventaja que se puede hacer acreedor un profesional, aprovechando la circunstancia que aprovecha la facultad de imponer sus condiciones, y en éste caso en específico, se están agravando las obligaciones del consumidor a favor del profesional, limitando las de él, y haciendo que el cliente las acepte, aún cuando no esté de acuerdo.

5. La consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del profesional³¹¹.

6. La exclusión o limitación de la obligación del profesional de respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por sus mandatarios o representantes o supeditar sus compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades.

7. La estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio, o la facultad del profesional para aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas o sin reconocer al consumidor el derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al inicialmente estipulado.

Lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de la adaptación de precios a un índice, siempre que sean legales y que en ellos se describa explícitamente el modo de variación del precio.

8. La concesión al profesional del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato.

II. Privación de derechos básicos del consumidor³¹².

³¹¹ Todas las condiciones del contrato deben de estar establecidas, para que el consumidor tenga pleno conocimiento de lo que pagará, y cuando recibirá lo que es objeto del contrato, y si no fuera así, la otra parte contractual, se aprovecharía de esa condición, aduciendo que no se encuentra en el contrato, tratando de evadir el cumplimiento de la obligación.

³¹² Ésta otra categoría en que se pueden enumerar un sin fin de número de cláusulas abusivas contenidas en un contrato, está orientada a proteger los derechos de los consumidores, pero no solamente como tales, sino además sus derechos procesales, los derechos que nacen de la contratación, etc., enfocándose en que no pueden ser limitados ni restringidos por ninguna circunstancia, estableciéndose casos en que se estaría en dicha situación.

9. La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional.

En particular las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor, las normas legales sobre vicios ocultos, salvo que se limiten a reemplazar la obligación de saneamiento por la de reparación o sustitución de la cosa objeto del contrato, siempre que no conlleve dicha reparación o sustitución gasto alguno para el consumidor y no excluyan o limiten los derechos de éste a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por los vicios y al saneamiento conforme a las normas legales en el caso de que la reparación o sustitución no fueran posibles o resultasen insatisfactorias.

10. La exclusión o limitación de responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o lesiones causados al consumidor debidos a una acción u omisión por parte de aquél, o la liberación de responsabilidad por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste.

11. La privación o restricción al consumidor de las facultades de compensación de créditos, así como de la de retención o consignación.

12. La limitación o exclusión de forma inadecuada de la facultad del consumidor de resolver el contrato por incumplimiento del profesional.

13. La imposición de renunciaciones a la entrega de documento acreditativo de la operación.

14. La imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor.

III. Falta de reciprocidad³¹³.

15. La imposición de obligaciones al consumidor para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el profesional no hubiere cumplido los suyos.

16. La retención de cantidades abonadas por el consumidor por renuncia, sin contemplar indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el profesional.

17. La autorización al profesional para rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o la posibilidad de que aquél se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien rescinda el contrato.

IV. Sobre garantías³¹⁴.

18. La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido. Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o

³¹³ Sabemos que de un contrato nacen derechos y obligaciones recíprocas, y existe la correlatividad en cuanto a ello, no teniendo una parte solamente obligaciones y la otra solamente derechos, por lo que está encaminada a prohibir las cláusulas que otorguen obligaciones desproporcionadas en perjuicio del consumidor, o que fomente la desigualdad de condiciones, permitiendo a uno lo que no pueda hacer la otra parte, o equilibrando la situación.

³¹⁴ Las garantías se otorgan para garantizar el cumplimiento de la obligación, por lo que no debe obligarse al consumidor a rendir garantías desproporcionadas al objeto de la obligación asegurada, ocasionando un perjuicio económico al consumidor.

de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica.

19. La imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante.

V. Otras³¹⁵.

20. Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

21. La transmisión al consumidor de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables.

22. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por Ley imperativa corresponda al profesional. En particular, en la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).

23. La imposición al consumidor de bienes servicios complementarios o accesorios no solicitados.

³¹⁵ Hay un sin número de casos de cláusulas abusivas que se pueden dar, que a veces no es posible agruparlas bajo un determinado acápite, recordando que dicha enumeración es de manera ejemplificativa, porque no se pueden enumerar todos los casos que puedan darse, además con la aparición de nuevas formas contractuales puede que se den nuevos casos de cláusulas abusivas.

24. Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos por indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso, expresadas con la debida claridad o separación.

25. La negativa expresa al cumplimiento de obligaciones o prestaciones propias del productor o suministrador, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación.

26. La sumisión a arbitrajes distintos del consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para sector o un supuesto específico.

27. La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre bien si fuera inmueble, así como los de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor a la elección de fedatario competente según la Ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato³¹⁶.

28. La sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor emita su declaración negocial o donde el profesional desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza.

³¹⁶ No necesariamente puede ser una sumisión expresa, puede ser que se exprese una renuncia a su domicilio y que adopta como domicilio especial el consignado en el contrato, o que disponga que señala como su domicilio especial, el que señala el contrato, no haciendo referencia a una renuncia expresa, la cual también es abusiva porque si el contrato está pre elaborado, no es posible que solamente se negocie dicha cláusula.

Las cláusulas abusivas referidas a la modificación unilateral de los contratos y resolución anticipada de los de duración indefinida, y al incremento del precio de bienes y servicios, no se aplicarán a los contratos relativos a valores, con independencia de su forma de representación, instrumentos financieros y otros productos y servicios cuyo precio está vinculado a una cotización, índice bursátil, o un tipo del mercado financiero que el profesional no controle, ni a los contratos de compraventa de divisas, cheques de viaje, o giros postales internacionales en divisas.

Teniendo una mejor ilustración de lo que se considera cláusulas abusivas, a continuación se procederá a la identificación de ellas en el Contrato de Apertura de Crédito.

4.7 CLAUSULAS ABUSIVAS INCLUIDAS EN EL CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO

Nos referimos en este apartado al contenido del Contrato de Apertura a Crédito respecto de sus cláusulas, no haciendo una consideración específica respecto a cada uno de los modelos de los contratos utilizados por los bancos, por lo que se tratara de abordarlo en su aspecto más genérico, es decir aquellas cláusulas abusivas que le son comunes a la mayoría de contratos de apertura a crédito.

El Artículo 17 de la Ley de Protección al Consumidor, define lo que debe de entenderse como cláusula abusiva:

“Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes...”.

Antes de comenzar a enumerar las cláusulas que se consideran abusivas en un contrato, se harán algunas consideraciones.

La práctica de la Tarjeta de Crédito se ha generalizado, todas las personas acuden a adquirir una Tarjeta por cualquier motivo; estudios de la Defensoría del Consumidor revelan las tres principales razones por las que las personas utilizan su Tarjeta de Crédito, siendo el primero de ellos, por financiamiento para emergencias, por no portar efectivo y por generar un récord crediticio³¹⁷, lo que nos indica que esas son las tres principales razones que conllevan a una persona a adquirir una Tarjeta.

Debido a la práctica generalizada de diversos servicios que ofrece el Banco, se ha tenido que utilizar contratos pre elaborados con condiciones generales que son impuestas a los clientes, los cuales son contratos de adhesión, lo que da lugar a la incorporación de cláusulas abusivas, lo que se puede evidenciar en el número de denuncias que atiende la Defensoría del Consumidor, relativa a Tarjetas de Crédito, porque según los números que ellos manejan, el 50% de los reclamos relacionados con el sector financiero, es sobre Tarjetas de Crédito³¹⁸, lo que significa de la gran cantidad de

³¹⁷ www.defensoria.gob.sv., visitada el día 26 de octubre En su página de Internet, la Defensoría del Consumidor realizó un estudio denominado Perfil del Consumidor Salvadoreño en el Siglo XXI, en el que se hace una investigación en la población económicamente activa, para lograr establecer ciertos elementos o características de los consumidores actuales.

³¹⁸ www.defensoria.gob.sv/prensa/.../n090812.html La Defensoría del Consumidor recibe muchas denuncias de todo tipo, distinguiéndolas entre distintos rubros, y las denuncias sobre Tarjetas de Crédito pertenece al sector financiero. El número de denuncias que se reciben en la Defensoría, indican que se cometen abusos por parte de los emisores de Tarjetas, y que son especialmente esos contratos

denuncias en el área financiero que recibe la Defensoría, la mitad corresponde a quejas sobre Tarjetas de Crédito.

A continuación se examinarán ciertas cláusulas del contrato de Apertura de Crédito, por medio del cual se emiten tarjetas de crédito, tomando como referencia solamente uno de los formularios utilizados por un emisor en particular, pues todos son similares en sus disposiciones (ver anexo 8).

a) Prórroga automática del contrato:

*“El presente contrato tendrá un plazo de un año a partir de ésta fecha, el cuál se prorrogará **automáticamente**, por periodos iguales y sucesivos, salvo que el acreditado de aviso escrito en contrario al Banco con treinta días de anticipación por lo menos, al vencimiento del plazo o de cualquiera de sus prórrogas; para que éstas prórrogas surtan efecto, es indispensable el pago previo y anual por membresía de la Tarjeta de crédito para suspenderse por mal manejo en cuyo caso el acreditado se obliga a no continuar usando la tarjeta principal y las adicionales, si las hubiera, y a devolverlas inmediatamente al Banco, las cuales quedaran sin validez”³¹⁹.*

La vigencia inicial que plantea el contrato es de un año, y la cláusula le establece una facultad al Banco, siendo ésta, la posibilidad de prorrogarlo automáticamente, al finalizar dicho plazo de un año. La Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, establece en una de las

los que deben de ser más controlados y fiscalizados, aunque sin una ley especial, sería difícil que hacerlo.

³¹⁹ Cláusula del Contrato de Apertura de Crédito, incluye una serie de cláusulas que serán examinadas, las cuales se considera que tienen contenido abusivo, para someterla a análisis y verificación.

disposiciones que se le adicionan al Art. 34 y que modifica la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, lo siguiente:

“Tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes: Las cláusulas que reserven al profesional que contrata con el consumidor un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida, así como las que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor manifestar su voluntad de no prorrogarlo³²⁰”.

La Ley sobre Condiciones Generales, cuando establece que dicha cláusula tendrá el carácter de Abusiva, se encuentra bajo el título de Vinculación del contrato a la voluntad del profesional, es decir, que siendo el predisponente el que impone el contrato, por lo que contendrá su voluntad, y para evitar dicha situación, la Ley establece que se tendrá como cláusula Abusiva.

Ahora bien, cuando se incluye dicha estipulación, el Banco está haciendo que predomine su voluntad en el contrato, es decir, al incluir dicha cláusula, se le otorga la facultad al Banco de decidir sobre algo que le corresponde únicamente al acreditado. El cliente no puede saber exactamente cómo estará su situación cuando finalice el contrato, no sabe si

³²⁰ Ley de Condiciones Generales de la Contratación, adición al Art. 10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España, en la que el predominio manifiesto de la voluntad del predisponente en un contrato, se considera como cláusula abusiva, por ser éste quien redacta e impone las condiciones en un contrato.

podrá seguir con él, y no puede imponer su voluntad desde el principio porque el contrato le es impuesto, y siendo la voluntad del banco, que el cliente se encuentre siempre ligado a él, puede establecer cualquier tipo de cláusula para que logre ése fin.

Es importante señalar la forma en que se encuentra redactada la cláusula, porque no dice que al vencer el plazo de un año se le concederá el término de 30 días al acreditado para que decida si quiere o no seguir con el contrato, sino que expresa que el contrato se prorrogará automáticamente, sin preguntarle a nadie, salvo que el acreditado 30 días antes al vencimiento de éste, exprese su disconformidad sobre la prórroga, pero solamente es conocedor de ésta circunstancia el cliente, por medio del contrato que ha firmado, porque no establece la redacción que antes de esos treinta días, en que vence el contrato y que tiene como plazo para pronunciarse sobre si finaliza o no el contrato, le informaran dicha circunstancia, o que le enviarán una notificación de cuando termina el contrato para que se pueda pronunciar, lo que implica una desventaja para el cliente y no puede ejercer su derecho de decidir sobre la vigencia de éste, lo que significa que limita el ejercicio de su derecho, que le otorga el contrato.

El Código Civil Salvadoreño, y de Comercio³²¹ no establecen nada sobre la posibilidad del acreedor de la prórroga del contrato de una forma automática si no se pronuncia el deudor, o si es permitido o no, pero como mencionamos en el apartado relativo al Tratamiento de Cláusulas Abusivas en el Código Civil, éste solamente establece el deber ser de la contratación, y se presume la buena fe, por ello no se establece nada relativo a éste punto,

³²¹ Sobre la cláusula en mención específicamente, no se establece regulación alguna, porque como se menciono el Código Civil y el Código de Comercio, solamente establece el deber ser de la contratación, es decir, las reglas generales que deben de observar las partes para una armoniosa negociación jurídica.-

no queriendo decir por ello que no pueda ser considerada como una cláusula abusiva, teniendo que evaluar con los parámetros que han sido mencionados en las consideraciones a la clasificación de cláusulas abusivas que hace la Ley de Protección al Consumidor.

En primer lugar, la decisión de continuar con el contrato o no, le corresponde a ambas partes intervinientes en la contratación, en éste caso, al Banco y al acreditado, pero se sobreentiende que si el Banco establece y hace la prórroga automática del contrato, es porque el cliente no ha incurrido en ninguna de las causales de terminación del contrato, pero ésta decisión que le corresponde al Banco, ya está tomada por anticipado, porque es a él a quien le afecta o no dicha decisión y solamente él es conocedor de las circunstancias que le permiten tomarla, la conveniencia o no de hacerlo y su posibilidad de hacerlo, al igual que el acreditado, solamente él conoce si tiene la posibilidad de terminar el contrato o no, si sus circunstancias lo permiten, si tiene una mejor oferta bancaria, o lo más importante, si quiere o no continuar, y al final teniendo el asentimiento de ambas partes, llegar al acuerdo de prorrogarlo o no, debiendo el Banco de comunicarle al cliente, su saldo a favor, el estado de su cuenta, los recargos, comisiones y poder discutir sobre las posibles variaciones del contrato, porque también de las variaciones que quiera incluir el contrato o el cliente, dependerá la decisión de prorrogarlo, y así se reflejaría el respeto de los derechos de ambas partes.

Caso contrario, hay una desigualdad en los derechos del consumidor, cuando el Banco se atribuye la facultad de decidir por el cliente, porque se está tomando la autoridad de decidir y de aceptar las condiciones que él impone, por el cliente, porque puede darse la situación que la Institución financiera haga variaciones en las condiciones del contrato, los cuales se

tendrían por aceptados por el solo hecho de no manifestar el cliente el no deseo de terminar el contrato, o pueden surgir variaciones en la condición del acreditado, es decir, que ya no deba una tarjeta de crédito alto, y quiera contratar la tarjeta mínima, o en cuanto a su saldo a favor, o quiera pagar la tarifa mínima o la más alta, u otra modificación que quiera realizar, pero al no darle la facultad de poder discutir el contrato, se le está limitando su derecho como consumidor a decidir, sobre qué producto contratar, o terminar con el contrato.

Se podría decir que ésa desigualdad se compensa, porque el Banco le ha conferido al acreditado un tiempo para que se manifieste sobre si desea o no la prórroga del contrato, pero al analizar el plazo concedido para que se manifieste, se establece que será treinta días antes de la vigencia del contrato expire, pero es de hacer notar que su manifestación deberá de hacerse por escrito, además no se estipula nada que antes de esos treinta días, se le hará saber de la expiración de contrato al cliente para que diga si acepta o no si se prorroga el contrato, porque lo que puede darse la situación que el cliente ni siquiera se acuerde de la cláusula, o no sepa cuando expira exactamente, lo que a la vez devendría además en una práctica abusiva, pero en virtud de dicha cláusula, y en consecuencia va en contra de las exigencias de la buena fe, porque al no notificarle de la proximidad de la terminación del contrato al cliente, lo que quiere decir, que el Banco busca que el contrato sea prorrogado y que el cliente no se oponga, imponiendo de esa forma su voluntad en el contrato³²².

³²² Según la Doctrina, un contrato debe de estar integrado por declaraciones de voluntad, es decir, en cuanto a la forma de obligarse, plazo, objeto, condición y demás elementos del contrato, pero en los contratos de adhesión solamente se encuentra la voluntad de una de las partes, por lo que la Ley debe de velar porque la voluntad del predisponente no prevalezca y perjudique los derechos del consumidor.

Al ser por escrito su pronunciamiento, de igual manera el cliente no puede discutir las cláusulas del contrato que le afectaron en el año que tuvo su tarjeta, o plantear alguna modificación, o que el Banco le de cuenta de su crédito o discutir las probables o nuevas variaciones de las cláusulas, para saber si aún así acepta o no prorrogar el contrato, por lo que se concluye que dicha cláusula es abusiva, porque le causa un perjuicio al consumidor, en cuanto al ejercicio de sus derechos, específicamente de decidir sobre la prórroga o no del contrato, siendo el Banco el que sale favorecido, porque siendo él quien impone las condiciones, hace prevalecer su voluntad en cuanto a la condición que establece dicha cláusula, perjudicando al consumidor.

b) Adquirir el cliente el costo de cualquier gestión extrajudicial que realice el Banco para el cobro de mora:

“Cantidades a restituir al Banco por parte del acreditado: El costo por cualquier gestión extrajudicial en el cobro de la mora, que no podrá exceder el 30% del saldo de capital”.

A esto se le denomina cobro administrativo³²³, y los Bancos lo manejan en concepto de comisión, pero para analizar éste apartado, debemos de saber primero qué es una comisión, y en general, es una cantidad que se paga, por un servicio prestado, en éste caso, sería pagarle al Banco por un servicio prestado; se paga una determinada cantidad

³²³ Cobro Administrativo es cuando el Banco utiliza sus propios medios, sin que llegue a ninguna vía judicial, para recordarle que se encuentra en mora y que debe de pagar, porque esa es la única forma con la que cuenta el Banco para poder restituir lo invertido. Además la Defensoría del Consumidor prohíbe los cobros amenazantes y hostigantes, catalogándolos como prácticas abusivas.

Por un servicio prestado se debe de entender, que el cliente obtiene un determinado beneficio, en cuanto al caso en específico de los Bancos, los servicios que prestan, es en cuanto al manejo de los ahorros de las personas, facilitarles la obtención de dinero, o el pago rápido de determinados servicios, y en general la liquidez de recursos, por lo que el banco puede cobrar comisión por ofrecer sus servicios al público, en sentido estricto de la palabra (obteniendo un beneficio la persona o una contraprestación).

En el caso en específico no está redactada la cláusula como que el cliente debe de pagar comisión por cualquier gestión extrajudicial que realice el Banco para recuperar su dinero invertido, pero está claro que le debe de pagar al banco por el cobro extrajudicial que realice, estableciéndose un porcentaje, pero el Banco lo maneja de esa forma, porque no puede ser un recargo, porque según la Norma Técnica emitida por la Superintendencia del Sistema Financiero **NPB4-20**, sobre la Contratación de Tasas de Interés, Comisiones y Recargos entre los Bancos y sus clientes³²⁴ define a los recargos como: *“Los recargos por incumplimiento de obligaciones o por mal manejo de cuentas, serán pactados libremente entre el banco y sus clientes”*. Y en éste caso en específico no se está pactando libremente, sino que se está imponiendo, porque el contrato expresamente consigna el porcentaje que se cobrará.

El Banco antes de acudir a la vía judicial, puede hacer lo que esté a su alcance para que el cliente moroso³²⁵ le pague lo adeudado, y dentro de lo

³²⁴ Norma aprobada por el Consejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero en la Sesión CD 82/99 del 2 de diciembre de 1999, entrando en vigencia el día 31 de enero del año 2000.

³²⁵ Según el Código Civil, en su Art. 1422, el deudor está en mora en los siguientes casos: 1º Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la Ley en casos especiales exija que se requiera al deudor para constituirle en mora; 2º Cuando la cosa no ha podido ser dada o

que puede hacer, es enviar correspondencia advirtiendo su situación, vía telefónica, cualquier llamamiento que se le haga, acudir a un notario, etc., por lo que el Banco al requerir el pago, incurre en un gasto que debe de ser reintegrada por el cliente; dicha cláusula implica un perjuicio al consumidor, un perjuicio de tipo económico.

Causa un perjuicio al cliente, porque en primer lugar, existe un desequilibrio económico entre el Banco y el acreditado, porque es la Institución Financiera la que canaliza los recursos, es decir, es la parte económicamente fuerte en la relación contractual, en cambio es el cliente el que se encuentra necesitado de esos recursos, y por ello acude al que si los tiene; si se encuentra en mora, es porque de alguna manera tiene imposibilidad de pagar, y aún peor, porque tiene que pagar la mora, y se perjudica más al acreditado, si se le impone además la carga de pagar los costos de las gestiones que el banco haya hecho para que su dinero sea recuperado.

El cliente no tiene la obligación de aceptar la cláusula en estudio, porque no existe extrajudicialmente la obligación del cliente de pagar esos gastos, y si se le diese la oportunidad, ésta fuese una de las cláusulas más discutidas, porque hay una desigualdad de condiciones, y se está causando un perjuicio al cliente al sobrecargarlo económicamente, por lo que provoca un sobrecargo de obligaciones para el cliente, y no hay una obligación equivalente que realice el Banco, no se estipula una obligación para éste último de la misma naturaleza, causando un desequilibrio en las obligaciones

ejecutada, sino dentro de cierto espacio de tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla;^{3º} En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

de ambas partes, en perjuicio del consumidor, y éste es un criterio de los que se pueden encontrar en el Art. 17 de la Ley de Protección al Consumidor³²⁶.

Únicamente para que el cliente sea responsable de las costas que impliquen el requerimiento del pago de la mora por el Banco, es en la vía judicial, así como lo establece el Art.439 del Código de Procedimientos Civiles:

“Todo demandado que no pruebe su acción en primera instancia o que la abandone, será condenado en costas. Será también condenado en costas el demandado que no compruebe su excepción, o que, no oponiendo ninguna, fuere condenado en lo principal, y el contumaz contra quien se pronuncia la sentencia...”

Es decir, solamente cuando haya una decisión judicial, que condene en costas, es cuando el acreditado se hará responsable de los costos que realice el Banco en virtud de requerirle el pago al cliente, en consecuencia la cláusula es abusiva, porque implica un desequilibrio en las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor.

Además es una clara evidencia de la imposición de la voluntad del Banco, sobre la voluntad del cliente, haciendo que predomine, porque es un contrato impuesto, y el cliente no tiene la facultad de discutirlo.

³²⁶ Art. 17 primer párrafo: *“Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes...”*. Ley de Protección al Consumidor, debiéndose recalcar que puede causar un desequilibrio en las obligaciones y derechos de los consumidores en perjuicio de éstos últimos.

Otro problema que se puede permitir ésta situación, es que no hay ninguna Ley que enumere cuáles serán las comisiones que cobrarán los bancos, o qué cuales son los parámetros para calificar si es o no una comisión, además no hay una Ley que controle dicha situación, porque el Art. 64 de la Ley de Banco establece que serán los Bancos quienes los establecerán de una forma libre, así como no confirma también la Norma Técnica Emitida por el Sistema Financiero, la NPB4-20 relativa a las Normas para la Contratación de las Tasas de Interés Comisiones y Recargos entre los Bancos y sus clientes³²⁷, en su Art. 10 establece que: “ *Las comisiones por los servicios bancarios serán pactadas libremente entre el banco y sus clientes, incluso en los contratos de adhesión*”.

Es de notar, que el artículo dice que aún en los contratos de adhesión, las comisiones serán libremente pactadas entre el banco y sus clientes, pero si esta situación fuera así no se presentarían tantas denuncias en la Defensoría del Consumidor sobre cobros indebidos.

Un estudio que realizó la Defensoría del Consumidor en el año dos mil ocho, reveló que de las denuncias hechas por la población a dicha Institución sobre el Sistema Financiero, atendidas entre enero y agosto del año mencionado, determinó que un 82% de los reclamos se concentraron en 8 grandes bancos del país³²⁸.

³²⁷ Norma aprobada por el Consejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero en la Sesión CD 82/99 del 2 de diciembre de 1999, entrando en vigencia el día 31 de enero del año 2000. Esta norma fue aprobada por el Consejo, en virtud de las Facultades que le confiere el Art. 66 de la Ley de Bancos, en el que se establece más específicamente lo relativo a los intereses y su cálculo, y en cuanto a los recargos, solamente establece su definición, y en cuanto a las comisiones solamente un artículo.

³²⁸ Defensoría del Consumidor, “Noticonsumo”, Boletín Mensual, Edición número 2, Febrero 2009. Reveló que el 28% de las denuncias son contra el grupo financiero Citibank, que incluye Aval

De un total de 784 denuncias presentadas por los consumidores entre el tres al 30 de agosto de 2008, el 41% fueron por cobros indebidos aplicados principalmente en los estados de cuenta de las Tarjetas de Crédito, en los siguientes rubros: Cargo por servicio no solicitado, cobro indebido de intereses, comisiones, etc.

Además otro análisis realizado por Defensoría del Consumidor desde el año 2006 hasta enero de 2009 indica que los Bancos han eliminado el 49% de las comisiones y recargos que cobraba a los usuarios del Sistema Financiero, pues se habían eliminado 358 comisiones de un total de 898. Según estudios, los bancos, solamente en enero de 2009, dejaron de aplicar 46 comisiones³²⁹.

Lo que evidencia que no es muy cierto que las comisiones, ni los recargos en la actualidad sean discutidas por el banco y los clientes, y siendo un derecho de los consumidores establecidos en ésta norma técnica de la Superintendencia del Sistema Financiero, y no se cumple, se está limitando el ejercicio de ése derecho, en perjuicio del consumidor, por lo que es catalogada como una cláusula abusiva.

- c) Pagar al Banco, comisión o recargo no estipulado expresamente en el contrato:

“El acreditado deberá de pagar al Banco, cualquier otra comisión o recargo publicado por el Banco, de conformidad con la ley y previamente aceptados por el tarjetahabiente”.

Card; 4% Banco Cuscatlán y Tarjetas de Oro; 15% Banco HSBC; 9% Banco Agrícola; 7% Scotiabank; 7% Banco Uno, 6% Banco de América Central, 6% Promerica y 5% Credomatic.

³²⁹ Defensoría del Consumidor, “Noticonsumo”, Boletín Mensual, Edición número 2, Febrero 2009.

Para que las partes tengan conocimiento de las obligaciones que están adquiriendo en virtud de la celebración del contrato, es necesario que se establezcan expresamente todas las condiciones, porque de su celebración derivan varios efectos, y uno de ellos es que *“Todo contrato legalmente celebrado, es obligatorio para los contratantes, y sólo cesan sus efectos entre las partes por el consentimiento mutuo de éstas o por causas legales”*³³⁰.

Por esa obligación de cumplimiento de lo estipulado en el contrato, se debe de conocer con exactitud las condiciones bajo las que se están obligando ambas partes. La cláusula en estudio, no establece qué tipo de comisión o recargo es a la que se refiere, ni mucho menos el monto, por lo que significa una limitación a los derechos de consumidor de conocer las cláusulas que integran el contrato, porque en virtud de una estipulación tan genérica, se pueden hacer efectivas, el pago de comisiones o recargos que no han sido pactados; el efecto de dicha cláusula es una práctica abusiva, pero porque es una cláusula abusiva la que le ha dado origen.

Es una cláusula Abusiva porque el consumidor tiene derecho de conocer y entender el contenido del contrato, y saber todas las obligaciones a las que queda sometido, para éste mismo objetivo, dentro de los derechos de los Tarjetahabientes que ha enumerado la Defensoría del Consumidor, se encuentra que *“El contrato deberá estar ordenado y redactado en forma*

³³⁰ Art. 1416 Código Civil. Es necesario para que las partes tengan pleno conocimiento a lo que van a obligarse, deben de conocer íntegramente el contrato, por lo que debe de estar contenido de una manera expresa todas sus condiciones.

*comprensible y con letra tamaño 10 para que el tarjeta habiente identifique con facilidad el costo de la tarjeta, sus derechos y obligaciones*³³¹.

Es decir, el cliente debe de tener el pleno conocimiento de lo que se está obligando, y la cláusula estudiada, no establece expresamente qué comisión y porqué debe de pagar dicha comisión, o recargo, lo que deviene en reconocerle la facultad al Banco de cobrar comisiones o recargos no pactados en el contrato, por lo que es una cláusula que va contra las exigencias de la buena fe, porque en virtud de ella, puede cobrar las comisiones que quiera, y es un desequilibrio en los derechos de los consumidores, porque no conoce el contenido expreso del contrato, y por ello el Banco puede imputarle obligaciones de pago al cliente, siendo entonces un desequilibrio en los derecho y obligaciones de los consumidores, y en perjuicio del cliente, porque no se le concede la facultad de modificar el pago del monto de la tarjeta al cliente, ni que el Banco correrá con los gastos de las comisiones no pactadas o poder usar el cajero automática gratis, etc., lo que pondría en equilibrio los derechos y obligaciones de éste tipo, derivadas del contrato. En consecuencia es una cláusula abusiva.

d) Variabilidad de intereses, comisiones y recargos:

“Respecto al monto de las tasas de interés, comisiones y recargos establecidos en éste contrato, podrá existir variabilidad de conformidad a lo regulado en la Ley de Bancos; sin embargo, en el caso de nuevas comisiones, recargos u otros cobros a efectuar por el Banco, deberá de

³³¹ http://www.biztree.com/es/?cm_source=go-, visitada el día uno de octubre de dos mil nueve. De igual forma es el tamaño de letra mínimo que establece el Proyecto de Sistema de Tarjetas de Crédito, considerándose que es el límite que las personas pueden distinguir su contenido.

existir la notificación al acreditado con la respectiva aceptación expresa de su parte, previo a que éstas se hagan efectivas, lo cuál deberá de constar en una cláusula anexa a éste contrato. Las partes expresamente declaran entender que la variabilidad en el monto se refiere a las comisiones y recargos pactados originalmente en éste contrato. Ratifican que las nuevas comisiones o cargos deben de ser aceptados por el acreditado, previo a su vigencia”.

Es muy interesante el punto que plantea dicha cláusula, porque le da la posibilidad al Banco de variar los intereses pactados inicialmente, porque la Ley de Bancos así lo establece, y esto es porque los costos de operación cambian constantemente, dependiendo de cómo se encuentre el mercado financiero, por lo que el Banco debe de pagar los costos que le implican poner a disposición un determinado servicio.

El problema de la variabilidad de intereses, se lo ocasiona al consumidor, porque éste inicialmente ha contratado un tipo de interés, y en base a la tasa de interés, contrata con el Banco que le otorgue la más baja tasa, y si está conforme con alguna, contrata con ése Banco; es decir, depende del cambio del costo de la operación, que el Banco cambia sus intereses, porque su objetivo no es perder dinero en la prestación de un determinado servicio, y si en el transcurso de la vigencia del contrato, el Banco, atendiendo a las circunstancias antes dichas, debe de cambiar la tasa de interés, puede hacerlo.

Pero al cliente también le puede pasar dicha circunstancia, puede cambiar su situación de solvencia económica que posee, y se le establece la obligación de informar dicha situación, pero para la terminación del contrato; es decir, no se le otorga la misma posibilidad al cliente, de poder variar su

forma de pago de la Tarjeta, sin tener que terminar con un contrato y pagar otro, así como el Banco no está exento del cambio de su situación en cuanto a los intereses, el cliente tampoco está exento que cambia su situación de solvencia, con la diferencia que al Banco se le otorga la facultad de poder cambiar la tasa de interés, pero al cliente no se le otorga el derecho de poder cambiar su forma de pago, mientras dure dicha situación, solamente se establece ante ésta circunstancia la terminación del contrato, y el pago total de la tarjeta o, en caso de mora o no pago, un procedimiento judicial para efectivizar la recuperación del monto que le acredita al cliente, por lo no hay una equidad de derechos establecidos para el Banco y el cliente en relación a la cláusula en estudio.

Aunque la Ley de Bancos le confiere esta facultad al Banco, no quiere decir que no pueda ser abusiva, y utilizando una de las reglas de interpretación de contratos establecidas en el Código Civil, en el Art. 1431 que establece: *“Conocida claramente la intención de los contratantes, debe de estarse a ella más que a lo literal de las palabras”*³³².

La intención del Banco es prestar un servicio al cliente, pudiéndose lucrar de ésta, pero no enriquecerse a costa de los clientes, porque ellos son la parte económicamente débil de la relación, y a favor de ellos es que debe de estar la Ley; por lo tanto, al haber un cambio de la tasa de interés, significa que el cliente debe más de lo que se había estipulado inicialmente, ocasionándole un perjuicio, porque puede ser que no tenga la disposición de pagar ése aumento de intereses, porque la intención del acreditado, que lo motivó a contratar, es poder tener solvencia económica ante una

³³² Es interesante la palabra *“conocida”*, porque ello implica que son las partes las que han exteriorizado su intención, porque es difícil de conocer claramente cuál es la intención de ellos, además debe de ser una intención inequívoca, en el sentido que no tienen que contradecirse una ni otra.

determinada necesidad, porque el Contrato de Apertura de Crédito, tiene el objetivo de poner a disposición de cliente una determinada cantidad de dinero, que éste usará cuando lo necesite, lo que implica que en un momento dado no tendrá disponible ése dinero y podrá acudir al monto que le otorgó el Banco, y poder satisfacer su necesidad de pago, intención que no se ve reflejada en los contratos que celebran los Bancos hoy en día.

Es imposible que la tasa de interés que establecen los Bancos no cambie, pero si se le otorga ése derecho al Banco, también se le debe de otorgar un derecho al cliente de la misma naturaleza, es decir, que le permita poder pagar la tasa de interés de una manera rápida, para que no le ocasione un perjuicio económico, estableciéndose alternativas de pago o modificaciones a la forma de pago, porque solamente así se estaría procurando una equidad en los derechos de ambas partes, concluyéndose que es una cláusula abusiva, porque provoca un desequilibrio en los derechos de las partes, en perjuicio del consumidor.

Las condiciones deben de estar claramente redactadas y estipuladas en el contrato, de manera que el consumidor tenga conocimiento de ellas y en virtud de ellas, pueda tomar la decisión de contratar o no con el Banco, pero al cambiar la tasa de interés, eso significa una variación del monto de lo adeudado, y no se sabe si el cliente puede pagarlo o no, por lo que también se le debería de conceder del derecho de poder terminar el contrato, por la variación de la tasa de interés que no se ajuste a su bolsillo, y tener la libertad de poder contratar con otro Banco.

- e) Sometimiento a una determinada jurisdicción para efectos tanto judiciales como extrajudiciales:

“Todo aviso o notificación que deba de hacerse al acreditado, se efectuará en el domicilio y dirección postal o electrónica indicados en el expediente de crédito por el acreditado. Para todos los efectos judiciales y extrajudiciales de éste contrato, el acreditado fija la ciudad de San Salvador, República de El Salvador, como domicilio especial”.

En caso de que el Banco inicie alguna acción para requerir el pago del cliente, o acuda a la vía judicial, el consumidor debe de avocarse al domicilio donde se encuentra radicada la oficinas centrales de la Institución Financiera, por lo que si el cliente reside en el interior del país, éste debe de viajar desde su domicilio, hasta el domicilio del Banco, en su sede central.

El Código de Procedimientos Civiles, establece las reglas de competencia donde debe de ser demandado el deudor, y expresa: *“En los juicios el actor debe de seguir el fuero del reo”*³³³.

Esta es la regla general en cuanto a la acción que se debe de perseguir en contra del demandado, que en éste caso sería el cliente; el Banco debe de iniciar la acción en el domicilio del demandado.

La cláusula en estudio tiene una redacción muy interesante, porque no se establece que el cliente renuncia a su domicilio para someterse al domicilio especial designado por el Banco, lo que constituía una limitación a los derechos de los consumidores, porque viajar hasta donde el Banco quiera iniciar la acción implicaría gastos para el cliente. Ahora se establece que el acreditado fija la ciudad de San Salvador como su domicilio especial, lo cual no se escucha como una imposición del Banco al cliente, sino como una voluntad del consumidor.

³³³ Art. 33 Código de Procedimientos Civiles. Es una regla de competencia general que establece el Código Civil, aunque pueden existir excepciones.

Cuando el Banco quiere que una persona contrate una tarjeta que ofrece, incurre en una serie de gastos que debe solventar, todo para que una persona decida contratar la tarjeta con dicha entidad Financiera, pero cuando es de iniciar una acción judicial, el cliente debe adherirse al domicilio que fije el Banco.

La cláusula, aunque tenga distinta redacción, pero su contenido de abusiva sigue siendo el mismo porque los formularios que utiliza el Banco para celebrar el contrato, son los denominados contratos de adhesión, en los cuales no se le confiere la facultad al cliente de discutir las cláusulas que contiene el contrato, por lo que ya se encuentra redactada de esa forma, y al no poder discutir el cliente el contrato, se debe adherir a su contenido, sometiéndose a las condiciones que el Banco establezca.

Lo que implica la cláusula en estudio, es una limitación de los derechos de los consumidores, y que puede observar una cláusula redactada de mala fe, porque como dijimos antes, la Ley de Protección al Consumidor, en su Art. 17, menciona algunos supuestos que se debe considerar como cláusulas abusivas, entre las que se encuentra la que expresa lo siguiente: *“Renunciar anticipadamente a los derechos que la Ley reconoce a los consumidores o que, de alguna manera limiten su ejercicio o amplíen los derechos de la otra parte”*³³⁴.

La cláusula no dice de una manera literal, que renuncia de su derecho de fijar su domicilio para ser perseguido judicialmente, pero de igual manera,

³³⁴ Art. 17 literal d) de la Ley de Protección al Consumidor. En dicho literal se pueden enmarcar circunstancias análogas, porque el Art. 17 lo que hace es una clasificación de cláusulas abusivas y no establece casos taxativos, porque no son únicamente esos los que existen.

por ser un contrato de adhesión, se está limitando el ejercicio de su derecho de ser perseguido en su domicilio y por consiguiente se están ampliando los derechos del Banco, porque a él no le implicará gastos de ningún tipo, si sigue la acción en contra del cliente, en su domicilio³³⁵.

La situación es que el cliente no pudo pagar al banco al vencimiento de la cuota, por lo que tiene una imposibilidad de pagar, el Banco inicia una acción judicial de pago en contra del cliente, éste tiene que incurrir en gastos si no reside en el domicilio que fijó el Banco en el contrato; si el Banco es la parte victoriosa, pedirá que las costas procesales sean a cuenta del cliente, por lo que tiene que pagar lo adeudado, los costos de su viaje al Juzgado donde se inició la acción y las costas procesales, y el Banco, obtiene su dinero, no incurrió en gastos para viajara al domicilio del demandado y no incurrirá en costas, por lo que ulteriormente dicha cláusula deviene en abusiva, porque le está restringiendo sus derechos al cliente y éste viene a ser un derecho para el Banco, en perjuicio del consumidor, no estipulándose un derecho de la misma naturaleza para el cliente.

De igual manera se puede decir, que se está imponiendo una obligación al cliente que es un derecho del Banco, entonces es una cláusula abusiva, porque limita un derecho del consumidor y provoca un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor; además dicha cláusula está dispuesta de mala fe, porque el Banco sabe perfectamente que el contrato no se discute, y que el cliente no reside en el domicilio de la Institución Financiera, por lo que no se cumple, que en un contrato, ambas partes tienen que tener los mismos derechos y obligaciones de forma equivalente.

³³⁵ Las personas en virtud del Art. 33 de la Ley de Procedimientos Civiles, tienen el derecho de ser procesadas en su domicilio, y es un deber del Banco de perseguir ése fuero.

- f) Suscribir el acreditado pagare(s) que garanticen el pago de la obligación contraída en el contrato de apertura a crédito.

“Disposiciones generales: El acreditado ha suscrito un pagaré a favor del Banco, hasta por el monto máximo del crédito”.

A través de la firma del pagaré se está garantizando la obligación de pago del cliente, el Código Civil ni el Código de Comercio, hacen alusión a la prohibición de dicha práctica, y el Banco tiene todo su derecho de garantizar su pago, pero debemos de ponernos a pensar, ¿Qué pasaría si el cliente se niega a firmarlo? ¿Se negaría su celebración al cliente solamente por no firmar el pagaré?³³⁶.

Siendo un contrato de adhesión, debe el cliente de someterse a las condiciones que imponen los Bancos, por lo que no puede el cliente negarse a firmar un pagaré; el problema es que al firmar el título valor, el cliente está reconociendo que es deudor, por la cantidad consignada en él, y que está consintiendo que se reclame el pago en un juicio ejecutivo, siendo las implicaciones de éste, una real violación a su derecho de defensa, porque al presentar el título, el cuál tiene fuerza ejecutiva, se procederá al embargo de los bienes del cliente, siendo ésta una forma forzada de requerir el pago, y de alguna manera una amenaza, que el Banco realiza al cliente si no paga.

Pero el Banco no ofrece ninguna garantía que asegure que cumplirá con las obligaciones que se han estipulado en el contrato, esto es, por las variaciones que la Ley les concede como facultad, de cambiar ciertas

³³⁶ El Pagaré es una forma de garantizar el pago de una obligación, pero tiene que ser un pagaré lleno, es decir, que no tiene que ser en blanco, porque entonces atentaría contra los derechos de los consumidores, porque si firman un pagaré en blanco, se traduce en un abuso, porque bien puede consignarse otra cantidad posteriormente.

condiciones del contrato, porque si éste no se pudiera modificar, el Banco de igual manera debe de garantizar que cumplirá con la obligación, además las demás condiciones que se estipulan en el contrato, hacen que el Banco no cumpla con la finalidad del contrato, sino con su propia finalidad, la cuál es, lucrarse, pero a través del cliente, el cuál tiene una necesidad del solvencia económica y por ser éste la parte débil económicamente, se deben de proteger más sus intereses, no aprovecharse de su situación de necesidad de un crédito, para poder imponer condiciones que limiten sus derechos, y aún su dignidad como persona, al someterse a cláusulas que le ocasionarán un perjuicio. Podemos decir, que tiene la facultad de contratar o no, pero si tiene una necesidad y todos los Bancos ofrecen idénticas condiciones, no le queda más que contratar.

La ley de Protección al Consumidor en su Art. 18 establece los siguiente³³⁷: “*Queda prohibido a todo proveedor:*

³³⁷ Art. 18.- Queda prohibido a todo proveedor: a) Condicionar la venta de un bien o la prestación de un servicio a la adquisición de otro, salvo que, por la naturaleza de los mismos, sean complementarios, sean parte de las ofertas comerciales o que por los usos y costumbres sean ofrecidos en conjunto; b) Condicionar la contratación a que el consumidor firme en blanco letras de cambio, pagarés, facturas o cualquier otro documento de obligación u otro considerado como anexo del contrato; salvo que, tratándose de títulosvalores, los requisitos omitidos los presuma expresamente la ley. Para los efectos de este literal, las letras de cambio y pagarés deberán contener como mínimo, el nombre del deudor, el monto de la deuda, la fecha y lugar de emisión; c) Efectuar cobros indebidos, tales como cargos directos a cuenta de bienes o servicios que no hayan sido previamente autorizados o solicitados por el consumidor. En ningún caso el silencio podrá ser interpretado por el proveedor como señal de aceptación del cargo de parte del consumidor. d) Negar al consumidor servicios de mantenimiento o de repuestos de piezas de un bien, solamente por no haberlo adquirido en ese establecimiento; e) Discriminar al consumidor por motivos de discapacidad, sexo, raza, religión, edad, condición económica, social o política f) Realizar gestiones de cobro difamatorias o injuriantes en perjuicio del deudor y su familia, así como la utilización de medidas de coacción físicas o morales para tales efectos; g) Compartir información personal y crediticia del consumidor, ya sea entre proveedores o a través de entidades especializadas en la prestación de servicios de información, sin la debida autorización del consumidor; h) La utilización de cualquier maniobra o artificio para la consecución de alza de precios o acaparamiento de alimentos o artículos de primera necesidad; e i) Negarse a detallar el destino de todo pago que efectúe el consumidor. Cuando se formalicen contratos en los cuales se utilicen letras de cambio, pagarés o cualquier otro documento de obligación, como una facilidad para reclamar el pago que deba efectuar el consumidor, deberá hacerse constar tal circunstancia en el instrumento respectivo. En estos casos, si el consumidor pagare no estando vencido

b) Condicionar la contratación a que el consumidor firme en blanco letras de cambio, pagarés, facturas o cualquier otro documento de obligación u otro considerado como anexo del contrato; salvo que, tratándose de títulos valores, los requisitos omitidos los presuma expresamente la ley.

Para los efectos de este literal, las letras de cambio y pagarés deberán contener como mínimo, el nombre del deudor, el monto de la deuda, la fecha y lugar de emisión”.

Si la Ley de Protección al Consumidor lo considera como práctica abusiva, y dentro del contrato existe una cláusula que hace alusión a la firma de un pagaré, es abusiva, porque limita los derechos de los consumidores, al imponerle una condición que le perjudicara si se lleva a hacer efectiva, por las implicaciones de un juicio ejecutivo, sobrecargándosele de obligaciones al cliente, y si analizamos el contenido del contrato, pudiendo el Banco realizar variaciones en la tasa de interés, estipular otras comisiones no estipuladas, cargándole de los costos en que incurra el Banco por requerirle el pago de la mora, dicho pagaré si se hará efectivo, porque al cliente se le está sobrecargando económicamente, y no es imposible que bajo dichas circunstancias, tenga en un momento determinado la imposibilidad de pagar, obrando de la mala fe el Banco, al obligar al cliente que firme un pagaré, por lo que es una cláusula abusiva, porque implica mala fe del Banco, por las demás estipulaciones del contrato, se sobrecarga de obligaciones al cliente, a diferencia del Banco que no se obliga de igual manera, solamente trata de garantizar su finalidad de lucro, e implica una limitación a los derechos de los consumidores.

el documento, el proveedor deberá deducir de su importe el descuento calculado al tipo de interés pactado en éste o al tipo de interés legal, en su caso.

CAPITULO CINCO

ANÁLISIS A LA LEY DEL SISTEMA DE TARJETA DE CRÉDITO

SUMARIO: 5.1 Exordio, 5.2 Regulación de las tarjetas de Crédito en el Derecho comparado, 5.3 Análisis de la situación normativa en materia de cláusulas abusivas antes de la aprobación de la Ley del Sistema de Tarjeta de Crédito, 5.4 Análisis al Anteproyecto de Ley de Tarjeta de Crédito, 5.4.1 Título, 5.4.2 Objeto, 5.4.3 Sujetos, 5.4.4 Actos, 5.4.5 Régimen sancionatorio; 5.5 Ley del Sistema de Tarjeta de Crédito, 5.5.1 Entidades Fiscalizadoras, 5.5.2 Intereses, 5.5.3 Especificaciones del Contrato de Apertura de Crédito, 5.5.4 Cláusulas Abusivas, 5.6 Expectativas de la Ley del Sistema de Tarjeta de Crédito.

5.1 EXORDIO

En este capítulo se presenta en primer lugar un análisis de la situación normativa en materia de cláusulas abusivas previo a la aprobación de la Ley del Sistema de Tarjeta de Crédito, porque es importante recalcar la deficiencia que existe en El Salvador respecto al tema de cláusulas abusivas, sin embargo con la presentación del proyecto en el Año 2002 y su prolongada discusión en el seno de la Asamblea legislativa hasta el año 2009 se logró un importante avance que se reflejara en un estudio al Anteproyecto de esta Ley en sus principales contenidos que son Título, Objeto, Sujetos, Actos y Régimen Sancionatorio.

Debido a que el día doce de noviembre del año dos mil nueve, la Asamblea Legislativa aprobó el Decreto Legislativo número 181, relativo a la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito y a que previamente se analizó el Anteproyecto de esta Ley, se ha dedicado un apartado para presentar las diferencias entre la Ley y el Anteproyecto mencionado.

5.2 REGULACIÓN DE LAS TARJETAS DE CRÉDITO EN EL DERECHO COMPARADO

Entre los países que se han preocupado por regular las tarjetas de crédito, no solo se encuentra El Salvador, sino que también Argentina, de quienes se tomo el modelo de la recién aprobada Ley de Tarjetas de crédito, y Venezuela; de las cuales se tratara en este acápite.

En el caso de Argentina es la Ley 25.065³³⁸ la que establece normas que regulan diversos aspectos vinculados con el sistema de Tarjetas de Crédito, Compra y Débito, y además las relaciones entre el emisor y titular o usuario y entre el emisor y proveedor.

Esta Ley es muy semejante a la ley que actualmente existe en El Salvador, con la marcada diferencia que en Argentina aparejada a la tarjeta de crédito también se regularon las tarjetas de debito como el mismo nombre de la ley lo indica, lo que no ocurrió en el caso de El Salvador, en donde estas ultimas aun no poseen regulación por considerar que son ámbitos diferentes, los cuales no pueden regularse en una misma ley.

Otro aspecto es que en la Ley 25.065 surge la figura del contrato de emisión de Tarjeta de Crédito, mientras que en la nuestra al definirse “Tarjeta de crédito³³⁹” establece que es un medio o documento privado, firmado,

³³⁸ Ley 25.065 de TARJETAS DE CREDITO de la Republica Argentina, Sancionada: Diciembre 7 de 1998, Promulgada Parcialmente: Enero 9 de 1999, B.O.: 14/01/99.

³³⁹ Art. 2, literal e).- “Para los fines de la presente Ley se entenderá por: Tarjeta de crédito un medio o documento privado, firmado, nominativo e intransferible, resultante de un contrato de apertura de crédito que permite al titular o tarjetahabiente utilizarlo como medio de pago para adquirir bienes y servicios en comercios o instituciones afiliadas o retirar dinero en efectivo en instituciones financieras y en dispensadores autorizados por el emisor”. Ley del Sistema de Tarjeta de Crédito.

nominativo e intransferible, resultante de un contrato de apertura de crédito, el cual se encuentra regulado en el Código de Comercio, en lo que no hubo ningún cambio, pues de esa forma operaba cuando no se había aprobado la Ley del Sistema de Tarjeta de Crédito.

Es interesante notar que en la Ley de Argentina se establecen un listado de cláusulas, las cuales el legislador ha denominado “*Nulas*”, por su parte la Ley del Sistema de Tarjeta de Crédito ha incluido un listado de cláusulas denominadas “*ineficaces*”; pero al verificar la enumeración puede encontrarse que son semejantes con la única diferencia que en la primera ley se han incorporado otras como:

- a) Las que impongan un monto fijo por atrasos en el pago del resumen.
- b) Las que autoricen al emisor la rescisión unilateral incausada.
- c) Las que impongan compulsivamente al titular un representante.
- d) Las que permitan la habilitación directa de la vía ejecutiva por cobro de deudas que tengan origen en el sistema de tarjetas de crédito.
- e) Las que importen prorroga a la jurisdicción establecida en la ley.
- f) Las adhesiones tácitas a sistemas anexos al sistema de Tarjeta de Crédito.

Puede observarse que en la Ley del Sistema de Tarjeta de Crédito de El Salvador la enumeración de cláusulas ineficaces es mínima y ha dejado fuera unas muy importantes que se incluyen generalmente en el contrato o se realizan como practicas abusivas, y tales pueden ser la habilitación directa de la vía ejecutiva por cobros de deudas y la prorroga de la jurisdicción o la adhesión por parte del usuario a la jurisdicción del acreditante.

La ley de Venezuela denominada **“Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico”** tiene como función regular y establecer los parámetros necesarios para garantizar una justicia y seguridad jurídica en las relaciones entre el emisor, tarjetahabiente y negocios afiliados y el usuario al utilizar dichos instrumentos de pago como tarjetas de débito, crédito, pre pagada, y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico, al igual que la ley de Argentina.

Esta ley se rige por los principios de no discriminación, de legalidad y de justicia del modo mas favorable a los o las tarjetahabientes. La Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras (SUDEBAN) es el órgano encargado de autorizar las cuestiones que les corresponda, como establecer sanciones, dar información mediante normativa prudencial del envío de estado de cuenta, atender la inscripción de organizaciones populares, entre otros. Establece también las obligaciones del emisor, entre las que están: Poner a disposición del público un folleto explicativo, calcular intereses, enviar a tarjetahabientes estados de cuenta, atender reclamaciones interpuestas por el tarjetahabiente acerca del contenido de los contratos y del número de registro o de gestión en caso registro de robo, hurto, clonación, pérdida de tarjetas y/o reclamos. También establece la prohibición de cobro de intereses sobre intereses.

De igual forma, estipula las obligaciones de los Bancos e Instituciones Financieras de Sistemas de Cajeros Automáticos o Electrónicos como por ejemplo: Atender lo referente a personas con discapacidad física adecuando cajeros automáticos o electrónicos atendiendo su condición, colocar en los dispensadores de dinero o cajeros automáticos o electrónicos sistemas de seguridad e identificar a los mismos.

Esta ley va más allá no solo regulando a emisor y tarjetahabiente sino que también estableciendo obligaciones del Negocio Afiliado, sus deberes y derechos.

Una novedad y que debe de tomarse en cuenta es la existencia del Consejo Nacional de Usuarios (as) de Tarjetas de Crédito, Débito, Pre pagadas y demás tarjetas. En este Consejo encontramos inmersa la Participación Ciudadana que tiene como fin permitir la intervención de los tarjetahabientes mediante organizaciones de tarjetahabientes. Esto es importante porque permite la participación activa de todos los intervinientes en el sistema de tarjeta de crédito y no solo de un sector.

En El Salvador hubiese sido importante esta participación porque al momento de discutir el proyecto participaron todos los grupos con intereses directos e indirectos, pero no los más afectados que son los tarjetahabientes. En conclusión los puntos más importantes que se observan en esta ley son:

- 1 El artículo 35 de esta Ley indica que *"el otorgamiento de tarjetas de crédito, débito, pre pagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico se efectuará sin discriminación de edad, sexo, raza o religión a personas civilmente hábiles"*.
- 2 En las disposiciones transitorias se establecen 90 días para que los bancos coloquen cajeros automáticos para las personas que tengan impedimentos, además de sistemas de seguridad que permitan *"la identificación biométrica, video o fotografía del rostro, o cualquier medio tecnológico, que registre las operaciones de los tarjetahabientes sin que se vea el teclado"*.

- 3 Sobre las tasas de interés, queda prohibido el cobro de intereses sobre intereses.
- 4 Se eliminan las comisiones por mantenimiento o renovación de las tarjetas y por la emisión de estados de cuenta.
- 5 Se crea el Consejo Nacional de Usuarios y Usuarías de Tarjetas de Crédito, Débito, Pre pagadas y Demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico.

Estas legislaciones han logrado grandes avances en materia de tarjeta de crédito, y al compararlas con la Ley salvadoreña, puede observarse que pudo haberse hecho más, logrando un sistema equilibrado y eficiente.

5.3 ANÁLISIS DE LA SITUACION NORMATIVA EN MATERIA DE CLAUSULAS ABUSIVAS ANTES DE LA APROBACION DE LA LEY DEL SISTEMA DE TARJETAS DE CREDITO.

En un Estado existe diversidad de cuerpos normativos que tienen como finalidad regular la conducta del hombre en sus diversos ámbitos. El hombre evoluciona y surgen nuevas conductas y con ellas nuevas normas para regularlas, es decir que el Derecho se adapta a los cambios que sufre la realidad de un país o región.

El Salvador no es la excepción y puede observarse en la existencia de una cantidad extensa de cuerpos normativos, muchos de estos tienen un carácter prescindible dentro del contexto social actual, como pueden ser la

Constitución de la República, el Código Civil, el Código de Comercio, y el aún vigente Código de Procedimientos Civiles, entre otros. Asimismo existen otros cuerpos normativos, que en la actualidad están vigentes pero no son de uso práctico, debido a que no responden a la realidad jurídica actual.

En materia de contratos se da el mismo fenómeno³⁴⁰, porque la practica crea nuevas figuras contractuales y el Derecho crea normas para regularlas. Para el caso de la emisión de tarjeta de crédito se realiza mediante el contrato de Apertura de crédito regulado en el Código de Comercio y en otras leyes que autoriza a ciertas entidades para que puedan emitirlas, como en el caso de la Ley de Bancos que autoriza a las entidades bancarias para que las emitan.

Una nueva Ley primordialmente debe de dar respuesta a las personas que adquieren alguna línea de crédito con las diferentes clases de instituciones financieras (Bancos, Compañías emisora de Tarjetas de Crédito, Cooperativas de Ahorro y Crédito); que mediante el uso de contratos de adhesión incluyen cláusulas de contenido abusivo en contra de los acreditados (usuarios). No se pretende con esto perjudicar la actividad bancaria que tanta importancia tiene en la economía y mucho menos eliminar la obtención de utilidades a las Instituciones Financieras por el otorgar créditos, sino más bien que no hagan de sus operaciones un perjuicio para quienes las solicitan.

³⁴⁰ El Código civil regula la generalidad de los contratos en su apartado denominado “De las obligaciones en general y de los contratos” a partir del Artículo 1308, sin embargo con el surgimiento de nuevas figuras contractuales como el Contrato de Leasing o Arrendamiento financiero por ejemplo, surgen también nuevas normas, para el caso, la Ley de Arrendamiento Financiero, Decreto Legislativo No. 884 D.O. No. 126, Tomo No. 356, del 9 de Julio de 2002.

En base a lo anterior, se retoma lo expresado en el Artículo 101 inciso primero de la Constitución, el cual reza *“El orden económico debe responder esencialmente a principios de justicia social, que tiendan a asegurar a todos los habitantes del país una existencia digna del ser humano”* y el segundo inciso del mismo artículo en su parte final dice *“... Con igual finalidad, fomentara los diversos sectores de la producción y defenderá el interés de los consumidores”*.

Es un hecho entonces que es deber del Estado, la protección de los consumidores bajo principios de justicia social, desde ese punto de vista se creo la actual *“Ley de Protección al Consumidor”*, que es la primera en tratar las Cláusulas Abusivas, proporcionando una definición de lo que se debe entender por cláusulas abusivas y enumerando a manera de ejemplo ciertas cláusulas consideradas abusivas.

La Defensoría del Consumidor es la encargada de velar por la defensa de los derechos de los consumidores, realizando un esfuerzo porque se cumplan las disposiciones de la Ley de Protección al Consumidor y demás leyes aplicables, pero no se ha podido hasta hoy en día eliminar totalmente el uso de cláusulas abusivas en las operaciones de Crédito efectuadas por las Instituciones Financieras.

Los servicios financieros han adquirido trascendencia para la Defensoría del Consumidor porque de los casos financieros atendidos el

50% está relacionado con las tarjetas de crédito³⁴¹, lo que se traduce en mucha gente involucrada y que se maneja una cantidad impresionante de dinero.

La Superintendencia del Sistema Financiero dando cumplimiento a su facultad fiscalizadora y vigilante, posee cierto control sobre los emisores de tarjeta de crédito, porque estos deben depositar en sus oficinas los formularios que han de utilizar para celebrar los contratos que tienen la característica de ser de adhesión, con el objetivo de calificarlos y autorizar su uso, garantizando la no inclusión de cláusulas de contenido abusivo.

La Defensoría en la protección a los consumidores y la Superintendencia del Sistema Financiero en la supervisión y vigilancia de las entidades bancarias como emisores de tarjeta de crédito han logrado grandes avances para evitar la introducción de cláusulas abusivas.

En este contexto se puede afirmar que Administrativamente se encuentra muy bien estructurada la forma en la cual van a controlarse este tipo de cláusulas, pues en primer lugar los formularios que utilizan los bancos para celebrar un contrato de Apertura de crédito por medio del cual se emitirá una tarjeta de crédito deben ser revisados y autorizados por la Superintendencia, según lo establece el artículo 22 de la Ley de Protección al Consumidor, lo que constituye una garantía de que los contratos que se

³⁴¹ <http://www.defensoria.gob.sv/prensa/2009/08/n090826.html>, comunicado de prensa, consultada el día 2 de octubre de 2009.

celebran se encuentran revestidos de legalidad y respeto a los derechos de las partes que contratan. Se dice de las partes porque no solo el consumidor debe ser protegido si no que también el emisor, tomando en cuenta que por ser un contrato mercantil, se basa en la confianza que han depositado los intervinientes entre si, y deben encontrarse en lo que corresponda en un plano de igualdad.

La Ley de Protección al Consumidor también ha incluido en sus disposiciones una enumeración de las cláusulas que pueden considerarse como abusivas, ha establecido las obligaciones y prohibiciones especiales para proveedores de servicios financieros, el procedimiento sancionatorio que se debe seguir ante la inclusión de cláusulas abusivas que es considerada una falta grave y las correspondiente sanciones.

Los avances de la Defensoría del Consumidor han sido expuestos en el *“Compendio sobre el estado de la protección de los derechos del consumidor en Centroamérica”³⁴²*, que expresa que en los últimos años se ha fortalecido a nivel regional, y de cada uno de los países centroamericanos, la institucionalidad y el marco normativo de la protección al consumidor. Este avance se ha dado en forma simultánea a la adopción de un estilo de desarrollo basado en la apertura comercial, la promoción de las exportaciones, la entrada en vigencia de tratados de libre comercio y la

³⁴² Consejo Centroamericano de Protección al Consumidor, CONCADECO, “Compendio sobre el estado de la protección de los derechos del consumidor en Centroamérica”, Publicación, Centroamérica, agosto 2008. Este compendio de información fue elaborado en el marco del Informe Estado de la Región (2008). El material presentado en este informe, pretende convertirse en un referente que facilite la comprensión del estado de la protección de los derechos del consumidor en la Centroamérica de hoy. Es un primer análisis comparado sobre los avances de los seis países centroamericanos (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá) en esta materia, un tema relativamente nuevo en la región, pero con un desarrollo sumamente acelerado.

incorporación de las tecnologías de la información y comunicaciones. Todas las naciones del istmo cuentan con legislación específica sobre protección de los derechos de los consumidores. Todas las constituciones políticas tienen disposiciones de protección al consumidor, aunque el objeto tutelado esté definido de distinta manera.

Expresa el informe que en el caso de El Salvador y Panamá los órganos de protección del consumidor son instituciones independientes de carácter descentralizado, tienen personería jurídica, patrimonio y administración autónoma lo que, en principio, da una mayor garantía de independencia³⁴³. La legislación más desarrollada en términos de la diversidad de mecanismos de protección de derechos del consumidor es la Salvadoreña. Es también la que prevé un monto máximo de sanciones administrativas sustancialmente superior al resto de los países (entre 17 y 556 veces).

A pesar de todos estos avances queda mucho por hacer, y aun mas si se trata de demandar en la vía judicial la introducción de cláusulas abusivas en un contrato de Apertura de crédito. Según algunas opiniones no existe una acción determinada que se pueda invocar, mientras otros alegan que es la de Nulidad, lo que conlleva algunas discusiones.

³⁴³ De acuerdo con la información disponible en la publicación del “*Compendio sobre el estado de la protección de los derechos del consumidor en Centroamérica*” los órganos de protección de derechos de El Salvador y Panamá y, en menor medida, Costa Rica, son los que poseen mayor autonomía administrativa y funcional. El Salvador es el país donde la presencia territorial está más descentralizada. Honduras es el caso contrario, el órgano de protección cuenta con menor autonomía administrativa y funcional y su presencia territorial es escasa.

5.4 ANÁLISIS AL ANTEPROYECTO DE LEY DE TARJETA DE CREDITO

El día veintisiete de junio del año dos mil dos, se presentó a la Asamblea Legislativa un proyecto de “*Ley de Regulación del Régimen de Tarjetas de Crédito, Compra y Débito*”, a iniciativa de varios Diputados³⁴⁴.

Pasaron más de siete años sin que el proyecto presentado en el año dos mil dos fuera aprobado, además fue objeto de varias modificaciones, resultantes de una serie de discusiones por diversos sectores y que no permitían un dictamen favorable de la Comisión Financiera de la Asamblea Legislativa, y por consiguiente un proyecto de Ley de Tarjetas de Crédito para someter a aprobación a los Diputados que conforman la Asamblea Legislativa.

Los sectores que participaron en la configuración y discusión de una propuesta de Anteproyecto de Tarjetas de Crédito, son las siguientes: Asociación Bancaria Salvadoreña³⁴⁵ (ABANSA), Asociación Salvadoreña de Intermediarios Financieros no Bancarios³⁴⁶ (ASIFBAN), Federación de

³⁴⁴ Para la realización de dicho proyecto se realizó un análisis de la situación normativa de ese tiempo, para establecer si respondía a las necesidades de regulación que creaba la utilización de Tarjeta de Crédito. Se tomaron en cuenta distintas opiniones, de entidades relacionadas con el tema, como lo son: la Superintendencia del Sistema Financiero, ABANSA, Ministerio de Economía, y otras Instituciones y empresas relacionadas con la materia, así como estudios de Derecho Comparado.

³⁴⁵ La Asociación Bancaria Salvadoreña, **ABANSA**, es una asociación civil, sin fines de lucro, fundada el 1 de junio de 1965 y que se rige por sus propios estatutos y reglamentos, en concordancia con la Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro, y representa gremialmente al sistema Bancario asociado.

³⁴⁶ La Asociación de Intermediarios Financieros no Bancarios, ASIFBAN, es una institución gremial integrada por entidades sujetas a la Ley de Intermediarios Financieros no Bancarios, que pretenden proteger los intereses de sus miembros, así como promover su crecimiento y desarrollo en el sistema financiero de El Salvador.

Asociaciones Cooperativas de Ahorro y Crédito de El Salvador³⁴⁷ (FEDECACES), la Superintendencia de Sistema Financiero (SSF), Banco Central de Reserva (BCR), Defensoría del Consumidor y el Centro para la Defensa del Consumidor³⁴⁸ (CDC). A continuación se pasa al estudio de este Anteproyecto, pues la mayoría de su contenido permanece en la Ley que fue aprobada recientemente.

5.4.1 Título

Una de las modificaciones que ha sufrido la primera propuesta presentada en el año dos mil dos, es el título que llevará la Ley, porque paso de llamarse Ley de Regulación del Régimen de Tarjetas de Crédito, Compra y Débito, a Ley del Sistema de Tarjeta de Crédito, con el argumento que las Tarjetas de Crédito y Débito son dos sistemas diferentes y muy amplios de tratar.

En cuanto al Título se deben hacer ciertas consideraciones; la Tarjeta de Crédito es un medio para utilizar la disponibilidad de crédito que se le ha conferido al tarjetahabiente de una forma más práctica; es un título o instrumento de legitimación e identificación, con el fin de facilitar las

³⁴⁷ La Federación de Asociaciones Cooperativas de Ahorro y Crédito de El Salvador, fue fundada el 11 de julio de 1966, cuya misión es contribuir al éxito de las Cooperativas Asociadas, brindándoles el soporte Institucional para su eficiencia y solvencia.

³⁴⁸ El Centro para la Defensa del Consumidor (CDC), surgió en 1991 como resultado de una coordinación entre sectores sociales (organizaciones de mujeres, cooperativas de consumo, organizaciones comunitarias en zonas urbanas), que coincidieron en el interés de promover la defensa de derechos de las personas consumidoras. El CDC se constituyó legalmente en 1992 y obtuvo la personería jurídica en 1995. El CDC promueve el respeto y la defensa de los derechos de las personas consumidoras en la sociedad salvadoreña, en particular los de la población que por razones políticas, económicas, sociales o de género, enfrenta situaciones de inequidad o desigualdad en el acceso y calidad de bienes servicios básicos.

transacciones y proporcionar la información para el tratamiento de esas transacciones, además de información relativa a la cuenta específica y el límite de crédito, y cuando se utiliza, se pone en movimiento todo un sistema económico, en la que se encuentran proveedores, emisor, entes afiliados, los cuales están en una constante relación, y en ésta se encuentra inmersa la tarjeta, por lo que la Ley regularía ése sistema que hace que la tarjeta de crédito funcione; en ése sentido, no se podría hablar de Ley de Tarjeta de Crédito³⁴⁹, porque éste solamente es el objeto que se utiliza para que el sistema que hace posible el funcionamiento de la Tarjeta se ponga en marcha, y ésta por si sola, no es capaz de producir efecto alguno, necesita de otros elementos.

5.4.2 Objeto

Como el mismo título de la propuesta de proyecto de Ley lo indica, su objeto es regular el Sistema de Tarjeta de Crédito y las relaciones que se originen entre todos los participantes del sistema, así como de estos participantes con el Estado³⁵⁰, y es en el Art. 1 del proyecto el que así lo dispone.

³⁴⁹ El Título de la Ley también es discutido, y es ASIFBAN, el que propone que se denomine “*Ley de Tarjeta de Crédito*” pero sostiene que su objeto sería la regulación de las operaciones que se realicen por medio de la Tarjeta de Crédito, lo que significa, que solamente se regularía las operaciones que realizaría el tarjetahabiente con la tarjeta, dejando de la lado, las relaciones que hacen que funcione, siendo el objeto, la Tarjeta de Crédito propiamente dicha, por lo que creemos que el título que actualmente se maneja, es el más acertado.

³⁵⁰ ASIFBAN propone que en lugar de “*Sistema de Tarjeta de Crédito*”, debería de ser “*Operaciones por medio de Tarjetas de Crédito*”, pero al establecer su significado, lo hace definiendo el Sistema que dinamiza la Tarjeta de Crédito.

Para efectos de la Ley, expresa el Anteproyecto, por Sistema de Tarjeta de Crédito se debe entender: *“El conjunto complejo y sistematizado de contratos de apertura de crédito, cuya función principal consiste en servicios de administración de cuentas, de tarjetahabientes y proveedores afiliados al sistema, y su finalidad es posibilitar a los tarjetahabientes la realización de operaciones de compra de bienes y servicios o anticipo de dinero en efectivo en comercios e instituciones adheridas al sistema; y que los tarjetahabientes son responsables del pago al emisor, y éste a los proveedores, de acuerdo a los términos de los contratos. Incluyendo los tipos de emisiones de Tarjeta de Crédito que limitan su uso a un solo proveedor o comercio afiliado”*.

Dicha definición establece en términos generales, la forma en la que trabaja el Sistema que hace posible el funcionamiento de la Tarjeta de Crédito.

Cuando el Sistema se pone en marcha, se verifican una serie de relaciones entre todos los participantes del Sistema, como lo son, entre el Cliente (Titular de la Tarjeta) – Emisor, Emisor – Proveedor o Comercio afiliado³⁵¹, y son precisamente éstas relaciones que se derivan del uso de la Tarjeta, las que serian objeto de la Ley. Pero además nacen relaciones con el Estado, porque éste no puede dejar de velar por lo intereses económicos de los ciudadanos, por lo que debe de estar vigilando y fiscalizando esa

³⁵¹ La propuesta de Proyecto de Ley en su Art. 2, establece una serie de definiciones, y por Emisor se entiende: *La entidad o Institución que emite u opera en el País Tarjetas de Crédito a favor de personas naturales o jurídicas*. Titular de la Tarjeta o Tarjeta habiente: *La persona natural o jurídica habilitada 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 el mismo*. Proveedor o Comercio Afiliado: *Es el ente que en virtud del contrato celebrado con el emisor, proporciona bienes y servicios o dinero en efectivo al tarjetahabiente, aceptando percibir el importe de éstos mediante el Sistema de Tarjeta de Crédito*.

actividad, en ése sentido, se deben de establecer a qué Instituciones otorgará su Autorización para emitir Tarjeta de Crédito, así como fiscalizar y vigilar la actividad que se verifique en virtud de la emisión de la Tarjeta, por lo que también esa relación que nace con el Estado sería objeto de la Ley.

5.4.3 Sujetos

A simple vista los sujetos regulados serían todas las Personas Jurídicas, nacionales o extranjeras que dentro de su giro comprendan la emisión de Tarjetas de Crédito; Sin embargo, si se tiene en cuenta el Objeto de regulación de la propuesta de Ley, si afirmamos que los únicos sujetos serían las referidas personas jurídicas, estaríamos entrando en una contradicción con su objeto, porque en el Sistema de Tarjeta de Crédito, ellos no son las únicos sujetos que participan.

Pero al analizar el proyecto, los únicos sujetos que aparecen regulados son:

- a) Personas Jurídicas domiciliadas en el País y Personas Jurídicas extranjeras, que se dediquen a la emisión de Tarjetas de Crédito, así como lo dispone el primer párrafo del Art. 3³⁵²:

“Los créditos al público a través de la emisión o co-emisión de Tarjetas de Crédito, se realizarán únicamente por personas jurídicas domiciliadas en el país, constituidas conforme a la leyes respectivas y personas jurídicas extranjeras en cuyo país de origen requiera regulación y supervisión prudencial de conformidad a los usos Internacionales y que además hayan

³⁵² ABANSA propone que éste párrafo sea eliminado del Art. 3.

suscrito convenios de entendimiento y cooperación entre los entes supervisores.”

Lo anterior significa que los emisores o co-emisores³⁵³ de Tarjeta de Crédito, serán sujetos de regulación de la Ley.

- b) El proveedor, en cuanto a la relación que se deriva de la emisión de la Tarjeta de Crédito, con el emisor, el cuál lo podemos encontrar en el Art. 36, donde establece las obligaciones de los proveedores afiliados al Sistema.

Son los únicos sujetos que se encuentran en todo el proyecto, que se establece que deben de estar a la observancia de lo dispuesto en el, siendo los tarjetahabientes, los beneficiarios de la misma.

5.4.4 Actos

El proyecto de Ley establece una serie de actos que son regulados de una forma expresa como actos derivados de la emisión de Tarjeta de Crédito, y éstos son:

- a) ***La Autorización, deposito y registro de Aperturas de Crédito para poder ofrecerlas al público a través del uso de Tarjetas de Crédito***

³⁵³ Para efectos de la Ley, según el Art. 2, Co-emisor es: “*La entidad o Institución a la cual un emisor le presta diversos servicios para emitir Tarjetas de Crédito a favor de personas naturales o jurídicas*”.

A través de la entrada en vigencia de la Ley, se tendrían que adecuar muchas circunstancias a ella, empezando con el contrato por medio del cual se emite la Tarjeta de Crédito, siendo éste la Apertura de Crédito, porque si se utiliza para éste efecto (Apertura de Crédito Rotativa, o en cuenta corriente), tendrá que modificarse conforme a lo estipulado en la Ley.

El Art. 4 del proyecto establece: *“La Superintendencia del Sistema Financiero tendrá la facultad de emitir los instructivos y normas operativas, para la autorización, registro de la emisión y regulación de las operaciones de tarjetas de crédito, que garanticen la aplicación de ésta Ley. Tales instructivos y normas operativas también serán aplicados por la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles en lo que corresponda en sus supervisados y a ella en su labor de supervisión”.*

Es decir, la Superintendencia del Sistema Financiero será la encargada de emitir los parámetro para la autorización de los formularios de contratos de Apertura de Crédito por medio del cuál se emita la Tarjeta de Crédito, así como su registro, por lo que las instituciones emisoras de tarjetas deben de depositar los formularios en la Superintendencia del Sistema Financiero, tal como lo establece el Art. 3 en su segundo párrafo:

“Para poder ofrecer al público Aperturas de Crédito a través del uso de Tarjetas de Crédito, los modelos de los contratos y las características que tendrá cada emisión, deberán de ser depositadas en la Superintendencia del Sistema Financiero, o Superintendencia de Obligaciones Mercantiles, según

corresponda, sobre las entidades que están bajo su control de acuerdo a las leyes respectivas³⁵⁴.”

Lo que quiere decir que será la Superintendencia del Sistema Financiero y la de Obligaciones Mercantiles la que fiscalizará a las personas jurídicas que operen Tarjetas de Crédito, a las entidades sujetas a su control.

Defensoría del Consumidor, propone que el título de éste acápite debería de llamarse de la Fiscalización y vigilancia y que se establezca que la Defensoría del Consumidor continuará velando por los derechos de los tarjetahabientes en sus relaciones de consumo con los emisores de las Tarjetas de Crédito y con los comercios afiliados; es decir, quiere que se agregue a la Defensoría del Consumidor dentro del Artículo 3 del proyecto y FEDECACES sugiere que se incorpore como ente fiscalizador al INSAFOCOP.

b) *Condiciones relativas a la emisión de la Tarjeta de Crédito*

Se establece la información mínima que debe de contener la Tarjeta de Crédito para poder ser emitida, dejando en claro que su emisión se hará siempre por medio del Contrato de Apertura de Crédito:

Art. 6 “La emisión de Tarjetas de Crédito, se hará con base a un contrato de Apertura de Crédito, mediante el cuál, el emisor autoriza al tarjetahabiente la adquisición de bienes y servicios, y en su caso, retiro de dinero en efectivo que le proporcionen los establecimientos autorizados por

³⁵⁴ ABANSA propone que en éste Artículo se le adicione lo siguiente “*Se exceptúan del depósito y registro, los contratos de Apertura de Crédito en los que se negocian condiciones especiales, según lo determine el emisor*”.

el emisor, obligándose el acreditado a cancelar las cantidades a su cargo, de acuerdo a lo estipulado en dicho contrato.”

Luego se establecen las cláusulas que deben de contener dichos contratos, como mínimo³⁵⁵.

Se encuentran además reguladas algunas cláusulas que debe de contener el contrato, como cuales serán las cláusulas ineficaces del contrato, es decir, aquellas cuya sanción es el no tenerlas por escrito; de las comisiones y de los intereses aplicables al titular de la Tarjeta.

En cuanto a los intereses, se encuentra un apartado especial que los regula, empezado con las condiciones para establecer los intereses en el Art.- 19 y éstos son:

- a) No se pueden cobrar intereses que no hayan sido devengados.
- b) El cómputo de los intereses se hará a partir de la fecha en que el tarjetahabiente retire dinero en efectivo o adquiera los bienes y servicios en un comercio afiliado o proveedor, salvo disposición en contrario en beneficio del deudor
- c) Los intereses se aplicarán solamente sobre el saldo de capital adeudado.

Una innovación que establecería la Ley al ser aprobada, es la relativa al cómputo de los intereses, para el cuál se utilizará el método de interés simple sobre saldos diarios del capital adeudado durante el plazo establecido

³⁵⁵ Sobre éste punto, CDC, sostiene que se deben de establecer de manera exacta y comprensible los requerimientos que deben de cumplir los contratos de adhesión, a efecto de ser registrados y autorizados por la autoridad reguladora, respetándose la naturaleza del derecho de protección de la persona consumidora, que tiene a la base el reconocimiento de la simetría existente entre el emisor de la Tarjeta de Crédito y sus usuarios.

del crédito y a la tasa de interés vigente, utilizando como base el año calendario y considerando los días efectivamente transcurridos en cada operación realizada³⁵⁶.

Lo más importante que se debe de hacer resaltar de dicho proyecto, es que trata de establecer un techo en materia de intereses, aunque no lo dice expresamente, y aunque en su aplicación no sería propiamente un techo, pero consideramos que se habla de un límite, porque no se reconoce la libre estipulación de intereses por parte de los emisores de las Tarjetas, y esto se encuentra en el que sería el Art. 19 de la propuesta:

“Los emisores o co-emisores establecerán las tasas de interés efectivas, las cuales no serán superiores de diez puntos a la tasa efectiva promedio ponderada aplicable para préstamos personales publicada mensualmente por el Banco Central de Reserva de El Salvador”.

Claro que los diferentes sectores a quienes les afecta han reaccionado del contenido de éste Artículo, y es ASIFBAN, quien propone en vez de diez puntos, sean veinticinco; ABANSA, propone que se redacte la disposición, tal como se establece en el Art. 64 de la Ley de Bancos, siendo ésta, que se les reconozca la facultad a los emisores de Tarjetas, de establecer libremente las tasas de interés, comisiones y recargos, pero que su variación se deberá de comunicar previamente al Banco Central de Reserva.

La Superintendencia del Sistema Financiero, en conjunto con la Defensoría del Consumidor y el Banco Central de Reserva, sostienen que la

³⁵⁶ Anteproyecto de Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito, Artículo 22.

tasa de interés se debe de calcular, de conformidad a lo establecido en el proyecto.

El tema de los intereses es que ha causado mayor controversia al formular dicho proyecto, porque es éste el principal motivo por el cuál los tarjetahabientes se quejan y hacen denuncias, pero como se observa, cada sector que está participando en su redacción, defiende sus intereses económicos al hacer objeciones a la redacción de la disposición³⁵⁷.

c) Efectos de la utilización de la Tarjeta de Crédito

La ley contempla un apartado relativo al Estado de Cuenta, en el cuál se establece de forma detallada, los gastos en que ha incurrido, en un determinado lapso de tiempo, al utilizar la Tarjeta, deduciendo el total de gastos que resulte, a la cantidad que se le ha conferido como saldo disponible, concluyéndose con su saldo a favor, en otras palabras, tiene que ver con el derecho de información del tarjetahabiente, de saber su saldo a favor, para que no caiga en sobregiros, y se pueda limitar en sus gastos con la tarjeta; el Art. 23 impone una obligación a los emisores:

“La entidad emisora deberá de enviar o poner a disposición del titular, sin cargo alguno, un estado de cuenta actualizado a una fecha predeterminada de cada mes, con una anticipación mínima de ocho días al vencimiento de su obligación de pago”.

³⁵⁷ Es solamente la CDC, la que sostiene que se debe de mantener el espíritu de lo regulado en el anteproyecto de ley en comento, en relación al establecimiento de las tasas de interés efectivas techo, porque es fundamental garantizar que la tasa de interés esté orientada al cobro de una tasa de interés justa, como lo hacen en Ecuador y Uruguay, países en los cuales los y las tarjetahabientes, pagan las tasas de interés considerablemente más bajas y accesibles, comparadas a las que se pagan en El Salvador.

Se cuenta además, con una enumeración de los requisitos que deberá de contener el estado de cuenta en mención.

Si el tarjetahabiente no se encuentra conforme con el estado de cuenta recibido, el anteproyecto le confiere la facultad de cuestionamiento o de impugnación de dicho estado de cuenta, estableciendo además un procedimiento de impugnación del mismo, la cuál se encuentra contemplada en el Art. 26³⁵⁸:

“El titular o tarjetahabiente puede cuestionar por escrito el estado de cuenta, dentro de un plazo no mayor de noventa días después de la fecha de corte, detallando claramente el error atribuido y aportando todo dato que sirva para esclarecerlo. El emisor deberá de firmar de recibido el escrito antes dicho”.

Se reconoce además que ésta facultad del tarjetahabiente, no se extingue por haber pagado el mínimo que se consigna en el estado de cuenta, por lo que no constituye una aceptación del contenido de dicho informe, en consecuencia, si después de haber pagado el titular de la tarjeta, el reclamo resultare procedente, el emisor tiene la obligación de su reintegro³⁵⁹.

³⁵⁸ ASIFBAN, propone que el plazo que se otorgue para hacer uso de la facultad de cuestionar el estado de cuenta, sea de cuarenta y cinco días, mientras que ABANSA propone que sea de treinta y cinco días.

³⁵⁹ Art. 29: *“El pago mínimo que figura en el estado de cuenta o el pago del cargo objeto del reclamo, antes del plazo de impugnación o mientras se sustancia el mismo, no implica la aceptación del estado de cuenta practicado por el emisor. En consecuencia, el pago del monto objeto del reclamo, más sus intereses, si los hubiere, deberá de ser integrado al tarjetahabiente, en el caso que el reclamo sea procedente”.* Anteproyecto de la Ley de Tarjeta de Crédito.

d) Las relaciones entre emisor y proveedor

Se establecen una serie de reglas para normar las relaciones que se originan entre el emisor y proveedor, tales como: el contrato que amparará su relación contractual será el de afiliación, la obligación del emisor de contar con los medios necesarios para inhabilitar las operaciones por suspensiones de Tarjetas de Crédito, lo que significa que la falla o falta de éste no perjudicará al proveedor; la no intervención del emisor, en las condiciones de fijar precios, descuentos o promociones, entre ventas en efectivo y con tarjeta de crédito, pero deberán de procurar un trato equitativo entre ambos consumidores, terminando el apartado con las obligaciones que se le imponen a los proveedores.

5.4.5 Régimen Sancionatorio

En primer lugar se establece que la autoridad encargada de aplicar dicho régimen serán la Superintendencia del Sistema Financiero y la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles, según corresponda.

Las infracciones se dividen en leves, graves y muy graves, estableciendo las conductas que son constitutivas de cada una de ellas.

Las sanciones que se pueden imponer son la Multa y la cancelación para emitir y/o administrar tarjetas de crédito, determinándose en qué supuestos se impondrán cada una de ellas, y en caso de la multa, su criterio para la determinación de la misma.

Se establece además, la creación de un registro de resoluciones sancionatorias que deberán de llevar los órganos supervisores, en el cuál tendrán que recopilar y publicar el texto de sus resoluciones firmes.

En cuanto al procedimiento para la imposición de una sanción determinada, el anteproyecto dispone:

Art. 52: “En lo referente al procedimiento para la imposición de sanciones contempladas en éste capítulo, se observarán las disposiciones sobre los procedimientos sancionatorios establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Financiero y en la Ley de la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles, según corresponda”.

En ése sentido, el anteproyecto carece de un procedimiento para la imposición de las respectivas sanciones, remitiéndose al procedimiento establecido en las leyes que rigen a los entes que dicho proyecto reconoce como entes fiscalizadores de la emisión de la tarjeta de crédito; sobre éste punto la Superintendencia del Sistema Financiero, el Banco Central de Reserva y Defensoría del Consumidor, sostienen que se debería de reconocer el procedimiento establecido en la Ley de Protección al Consumidor en lo que fuere aplicable, estableciéndose así qué conductas serían objeto de la Ley de Protección al Consumidor, y cuales de la Superintendencia del Sistema Financiero y de Obligaciones Mercantiles³⁶⁰.

³⁶⁰ La CDC propone que se debe de analizar, si al existir infracciones por parte de los emisores de tarjeta de crédito, se les aplica el procedimiento sancionador preceptuado en la Ley de Protección al Consumidor o se establece un procedimiento específico que sea expedito, ágil y sencillo, y que garantice la inversión de la carga de la prueba. Sostiene además que se debería de valorar también la idea de el establecimiento de una instancia especializada que de trámite a dichos procedimientos adscrita a la Superintendencia del Sistema Financiero.

5.5 LEY DEL SISTEMA DE TARJETA DE CREDITO

El día doce de noviembre del año dos mil nueve, la Asamblea Legislativa aprobó el Decreto Legislativo número 181, relativo a la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito, tras ocho años de estar esperando su aprobación; se habían presentado varios proyectos, los cuales fueron modificados, y el último de ellos fue el que se ha presentado en éste Trabajo de Investigación, pero no fue el que se aceptó como Ley, sino que se modificaron varios artículos, y siendo que ya fue expuesto anteriormente el último proyecto, a continuación solamente se expondrán los cambios entre el proyecto y la Ley.

5.5.1 Entidades Fiscalizadoras

El Art. 4 de la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito establece que las entidades que supervisarán el cumplimiento de la mencionada Ley, son: La Superintendencia del Sistema Financiero, La Superintendencia de Obligaciones Mercantiles, y el Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo en su ámbito de competencia,³⁶¹ ésta última no estaba contemplada como

³⁶¹ Sistema Financiera, cuando estos sean bancos, sociedades miembros de un conglomerado financiero, Bancos Cooperativos, Sociedades de Ahorro y Crédito, Federaciones de Bancos Cooperativos y otras sociedades que de conformidad a sus respectivas leyes estén sujetas a su supervisión, teniendo dicha Superintendencia la facultad de emitir las normas técnicas para facilitar la aplicación de esta Ley.

Corresponderá a la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles fiscalizar a las personas jurídicas sometidas a su vigilancia de conformidad a su Ley de creación, cuando éstas emitan, administren o gestionen tarjetas de crédito; y podrá dictar las normas técnicas necesarias para facilitar el cumplimiento de esta Ley.

Corresponderá al Instituto Salvadoreño de fomento Cooperativo fiscalizar a las Asociaciones Cooperativas de Ahorro y Préstamo cuando estén autorizadas para emitir, administrar o gestionar tarjetas de crédito; y podrá dictar las normas técnicas necesarias para facilitar el cumplimiento de esta Ley.

ente fiscalizador; sobre éste aspecto, la Federación de Asociaciones Cooperativas de Ahorro y Crédito de El Salvador³⁶² (FEDECACES), propuso cuando se estaba redactando el proyecto de Ley, que fuera incorporada como ente fiscalizador a dicha institución, porque ello también son emisores de Tarjetas de Crédito, por lo que él es el más indicado para verificar el cumplimiento de la Ley, por parte de las instituciones que están bajo su competencia.

Las Instituciones Fiscalizadoras trabajarán en conjunto con la Defensoría del Consumidor, porque la Ley les obliga a remitirle la información, en el ejercicio de su función fiscalizadora, sobre hechos que les corresponda conocer, como violación de derechos a los tarjetahabientes, cobros indebidos, cobros excesivos, irregularidades en los estados de cuenta, etc. y así con la información debida poder iniciar el proceso respectivo, porque en ocasiones los consumidores no son conocedores de sus derechos, mucho menos de la Ley, y así las personas estarían mejor protegidas contra posibles abusos que se hagan.

Pero las instituciones mencionadas no solamente tendrán un papel solamente fiscalizador, porque además la Ley les otorga la facultad de autorizar y registrar los contratos de Apertura de Crédito por medio del cuál las entidades que fiscaliza, emitirán Tarjetas de Crédito, por lo que es obligación de ellos, de depositar dichos contratos en la respectiva

³⁶² La Federación de Asociaciones Cooperativas de Ahorro y Crédito de El Salvador, fue fundada el 11 de julio de 1966, cuya misión es contribuir al éxito de las Cooperativas Asociadas, brindándoles el soporte Institucional para su eficiencia y solvencia.

Superintendencia o en el Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo según sea el caso³⁶³.

En cuanto a las comisiones, se ha establecido que solo se podrán cobrar las que previamente se hayan establecido en el contrato de emisión de Tarjetas de Crédito, y esto se ha consignado en el Art. 16 de la Ley en mención, pero lo que se le vino a agregar a éste artículo es en cuanto a que no se pueden establecer comisiones discriminadas, es decir, variar de persona en persona el cobro de una misma comisión, sino que tendrán el mismo valor para todos los tarjetahabientes, no solamente por el hecho que la Ley establece la contratación discriminada, las comisiones serán igual, porque las comisiones se cobran por un servicio prestado por el Banco que no es inherente al servicio prestado por el contrato, por lo que tienen que tener el mismo valor para todos y le corresponde a las entidades fiscalizadoras verificar el cumplimiento de ésta disposición³⁶⁴.

³⁶³ Art. 3: Los créditos al público a través de la emisión o coemisión de tarjetas de crédito se realizarán únicamente por personas jurídicas domiciliadas en el país, constituidas conforme a las leyes respectivas y personas jurídicas extranjeras en cuyo país de origen exista regulación y supervisión prudencial de conformidad a los usos internacionales y que además hayan suscrito convenios de entendimiento y cooperación entre los entes supervisores. Para poder ofrecer al público aperturas de crédito a través del uso de tarjetas de crédito, los modelos de los contratos y las características que tendrá cada emisión, deberán ser depositados en la Superintendencia del Sistema Financiero, en la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles o en el Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo según corresponda, para su respectiva autorización y registro. Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito.

³⁶⁴ Art. 16.- El emisor o coemisor no podrá fijar o aplicar comisiones que no hayan sido pactadas mediante el contrato con el titular, excepto aquellas que el titular acepte y comunique por escrito. No podrán establecerse comisiones discriminatorias, por tanto, las comisiones que cobre el emisor o coemisor para iguales condiciones, tipo de tarjeta y servicio prestado, tendrán el mismo valor para todos los tarjetahabientes. El ente supervisor respectivo deberá supervisar y fiscalizar preventivamente el cumplimiento de este artículo, ya sea durante el proceso de depósito de los modelos de los contratos o cuando se desee realizar cambios en las condiciones contractuales.

5.5.2 Intereses

Se pretendía o las expectativas que se tenían con la Ley de Tarjetas de Crédito era que se aprobara un techo en materia de intereses, y de hecho en el proyecto que se estudió en éste capítulo estaba contemplado de esa manera, pero la nueva Ley vino a reforzar lo que se establece en el Art. 64 de la Ley de Bancos y quedó redactado de la siguiente manera:

“Art. 19: Los emisores o coemisores establecerán las tasas de interés efectivas.

Para el cálculo y determinación de las tasas de interés efectivas para tarjetas de crédito, será definida la metodología y los parámetros en norma técnica emitida por la Superintendencia del Sistema Financiero para tal efecto.

Los emisores o coemisores deberán comunicar al respectivo organismo de supervisión, la tasa máxima de interés efectiva por tipo de producto mensualmente y cada vez que se modifique; estas tasas de interés efectivas deberán ser publicadas con la periodicidad y en los momentos que el ente supervisor respectivo lo determine.

Los emisores o coemisores deberán incluir la tasa máxima de interés efectiva en la publicidad comercial de cada una de las tarjetas de crédito y en las publicaciones, en el mayor tamaño de tipo de letra que contenga la referida publicidad.

No se cobrarán intereses en los distintos productos de las tarjetas de crédito cuando la totalidad de las compras realizadas en el ciclo de

facturación, sean pagadas antes de la siguiente fecha de pago establecida por el emisor o coemisor.

En todo caso, la tasa de interés no podrá modificarse durante los primeros seis meses del contrato.

Los entes supervisores estarán facultados para tomar medidas preventivas que eviten abusos que afecten a los tarjetahabientes.

Los emisores o coemisores estarán sujetos a lo previsto en la Ley de Protección al Consumidor, en la Ley de Competencia y en las demás leyes de la República³⁶⁵.

Por lo que no se aprobó un techo en materia de intereses, y los Bancos podrán seguir estableciéndolos libremente, y el problema en materia de intereses siempre estará porque la Ley especial que regula la materia no lo hizo.

También se establece en que caso procederá el interés moratorio y los recargos, de igual manera están bien definidos³⁶⁶, y el Artículo 20 establece que no podrán establecerse ambos en ningún caso, por lo que significa una garantía para los consumidores.

³⁶⁵ Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito.

³⁶⁶ Recargo: Es una sanción de carácter económico que aplican los emisores o coemisores a sus tarjetahabientes por incumplimiento de sus obligaciones contractuales. El cual deberá estar previamente pactado en el contrato de apertura de crédito para que sea conocido y aceptado por los tarjetahabientes. Art. 20 Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito.

Procederá el interés moratorio o recargo por incumplimiento de pago cuando no se abone el pago mínimo del estado de cuenta en la fecha de vencimiento de pago mensual. Art. 20 de la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito.

5.5.3 Especificaciones del Contrato de Apertura de Crédito

En cuanto a las cláusulas que deben de contener el contrato, los únicos cambios son los siguientes:

- a) Determinación precisa y clara de la tasa de interés, así como, recargos y comisiones; o, la tasa de interés moratorio cuando así se aplicare.
- b) Manera de proceder en caso de robo, sustracción, pérdida o fraude de la tarjeta.

Lo novedoso del artículo es que ahora se les impone la obligación a los Bancos, que en el contrato de Apertura de Crédito se deben de establecer en forma clara, qué comisiones se cobrarán, la tasa de interés, recargos, para efectos que no existan cobros indebidos o no pactados, que fue uno de los principales problemas que se han identificado en materia de Tarjetas de Crédito, por lo que los abusos que realizaban los Bancos hoy no lo podrán hacer.

La Ley también reconoce un derecho que tienen los consumidores, el cuál es la posibilidad del titular de poder solicitar la terminación de la relación contractual comunicando por escrito su voluntad; en cuanto a ésta disposición los contratos establecían la prórroga automática del contrato y que el Banco podía decidir terminar el contrato unilateralmente, pero ahora ya se le confiere la posibilidad a los tarjetahabientes³⁶⁷.

³⁶⁷ Art. 14 Inciso 1º: .- Por voluntad propia o por la causal definida en el artículo 9 de la presente Ley, el titular podrá solicitar la terminación de la relación contractual comunicando por escrito su voluntad al emisor o coemisor, en cuyo caso la entidad emisora o coemisora deberá en el acto acusar de recibo dicho documento y entregar una constancia del saldo de la cuenta a la fecha. Los efectos jurídicos

5.5.4 Régimen Sancionatorio

En primer lugar se establece que la autoridad encargada de aplicar dicho régimen serán la Superintendencia del Sistema Financiero y la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles y el Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo, según corresponda.

Las infracciones se dividen en leves, graves y muy graves, estableciendo las conductas que son constitutivas de cada una de ellas.

Las sanciones que se pueden imponer son la Multa y la cancelación para emitir y/o administrar tarjetas de crédito, determinándose en qué supuestos se impondrán cada una de ellas, y en caso de la multa, su criterio para la determinación de la misma.

Se establece además, la creación de un registro de resoluciones sancionatorias que deberán de llevar los órganos supervisores, en el cuál tendrán que recopilar y publicar el texto de sus resoluciones firmes.

En cuanto al procedimiento para la imposición de una sanción determinada, la ley dispone:

Art. 52: “En lo referente al procedimiento para la imposición de sanciones contempladas en éste capítulo, se observarán las disposiciones sobre los procedimientos sancionatorios establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Financiero y en la Ley de la Superintendencia de Obligaciones

provenientes del contrato en ese momento cesarán, siempre y cuando no exista saldo alguno pendiente de liquidar. De la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito.

Mercantiles, y el Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo, según corresponda; y a falta de disposiciones en estas leyes se aplicará lo dispuesto en el Derecho común”.

En ése sentido, la Ley carece de un procedimiento para la imposición de las respectivas sanciones, remitiéndose al procedimiento establecido en las leyes que rigen a los entes que dicho proyecto reconoce como entes fiscalizadores de la emisión de la tarjeta de crédito; sobre éste punto la Superintendencia del Sistema Financiero, el Banco Central de Reserva y Defensoría del Consumidor, sostienen que se debería de reconocer el procedimiento establecido en la Ley de Protección al Consumidor en lo que fuere aplicable, estableciéndose así qué conductas serían objeto de la Ley de Protección al Consumidor, y cuales de la Superintendencia del Sistema Financiero y de Obligaciones Mercantiles³⁶⁸.

La Ley debería de establecer las conductas que les corresponderá sancionar a los entes vigilantes, y a la Defensoría del Consumidor, si es que se toma en cuenta, o establecer un solo procedimiento para sancionar las conductas contrarias a la presente ley, para no entrar en contradicciones ni discusiones, porque la Ley debe de ser clara procurar en lo posible, no contener lagunas ni deficiencias, y dicho régimen y procedimiento es importante determinarlo con claridad, porque de lo contrario, los entes infractores estarían evadiendo responsabilidad, por no ser la autoridad

³⁶⁸ La CDC propone que se debe de analizar, si al existir infracciones por parte de los emisores de tarjeta de crédito, se les aplica el procedimiento sancionador preceptuado en la Ley de Protección al Consumidor o se establece un procedimiento específico que sea expedito, ágil y sencillo, y que garantice la inversión de la carga de la prueba. Sostiene además que se debería de valorar también la idea de el establecimiento de una instancia especializada que de trámite a dichos procedimientos adscrita a la Superintendencia del Sistema Financiero.

competente, o por no otorgarle facultades a otra institución que de igual manera defienda los intereses de los tarjetahabientes.

5.5.5 Cláusulas Abusivas

Tratándose de cláusulas abusivas la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito las recoge en su Artículo 15, con la denominación de cláusulas ineficaces, dividiéndolos en literales de la letra “a” a la letra “f”, lo cuales analizamos a continuación uno por uno.

“Art. 15.- Sin necesidad de pronunciamiento judicial o administrativo, no producirán ningún efecto jurídico y por lo tanto, deberán entenderse como inexistentes las cláusulas siguientes”:

“a) Las que dispongan la renuncia por parte del titular a cualquiera de los derechos que otorga la Constitución de la República, las leyes de la República y los tratados internacionales ratificados por El Salvador; y, las que impliquen exoneración de responsabilidad de cualquiera de las partes que intervengan directa o indirectamente en la relación contractual”.

El primero de los literales estipula que los titulares de las tarjetas de crédito no pueden renunciar bajo ninguna circunstancia de los derechos consagrados en la Constitución de la República y otros cuerpos normativos, podríamos citar como ejemplo el derecho de apelar de la resolución del juez, el cual se agregaba en algunos contratos de apertura a crédito, lo cual rompe con el principio y a su vez derecho constitucional del debido proceso.

Por otra parte el literal incorpora la exoneración de responsabilidad de cualquiera de las partes, interviniendo directa o indirectamente en la relación contractual, en ese sentido el animo del legislador es proteger al titular-usuario de tarjeta de crédito, para que su acreedor (empresa emisora) responda de todas y cada una de sus transacciones, sobre todo en los casos donde se es solvente en los pagos y se encuentre dentro de los parámetros del contrato.

“b) Las que faculden al emisor o coemisor a modificar unilateralmente las condiciones del contrato”.

En este literal el legislador pretende proteger la indefensión en la que se puede encontrar el usuario de tarjeta de crédito cuando la entidad emisora o coemisora se faculte en alguna de las cláusulas a modificar en cualquier momento los términos del contrato sin el consentimiento del titular de la tarjeta de crédito, principalmente con el objeto de obtener ganancias.

“c) Las que impongan doble cargo por el mismo hecho generador”.

El tercer literal contempla el caso del doble cargo, para entenderlo citaremos este ejemplo, donde se impone en los términos del contrato penalidad por mora, por gestión de cobro administrativo o extrajudicial en caso de mora y costas procesales, que como podemos apreciar de un mismo hecho hay varios cargos.

“d) Las que impongan costos al tarjetahabiente por las gestiones que el emisor o coemisor lleve a cabo como medida de seguridad en caso de pérdida, sustracción o caducidad de la tarjeta”.

El cuarto de los literales contempla el hecho donde el emisor o coemisor por si mismo o por un tercero de quien a requerido un servicio, en el que se encargan de no autorizar ninguna transacción en todos los medios electrónicos por los cuales se pueda hacer uso de la tarjeta de crédito, siempre y cuando se reporte como sustraída o extraviada por el tarjetahabiente, pero cuyos gastos corren por el titular de la tarjeta, aunque este no los haya solicitado, aunque en la practica casi no se utiliza.

“e) Las que comprometan al tarjetahabiente a la adquisición de otro bien o servicio, que no sea complementario al uso de la tarjeta de crédito”.

El quinto de los casos contempla la situación donde el emisor o coemisor compromete la adquisición de un bien o servicio que no es complementario con el de la tarjeta de crédito, por ejemplo el emisor (siendo este un almacén) manifiesta al tarjetahabiente que para poder obtener la tarjeta, deberá previamente la adquirir un producto de un costo no menor de cincuenta dólares dentro del almacén, de hacerlo así, podrá obtener la tarjeta de crédito.

“f) Las adicionales no autorizadas en el contrato modelo por la Superintendencia del Sistema Financiero, por la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles o por el Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo según corresponda”.

El ultimo de los literales debe de analizarse en base al contrato modelo que emitirá la Superintendencia del Sistema Financiero y que servirá

como guía para todas las instituciones financieras que emitan tarjetas de crédito, sin embargo desde la aprobación de la Ley, la Superintendencia cuenta con noventa días para la elaboración del mencionado contrato modelo, del cual aun se espera tener conocimiento.

5.6 ESPECTATIVAS DE LA LEY DEL SISTEMA DE TARJETAS DE CREDITO EN EL TEMA DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

Las herramientas legales son imprescindibles cuando de regular una actividad se trate, porque son las leyes las que brindan los parámetros dentro de los cuales deben actuar quienes están sujetos a su control como de aquellos que se encargan de aplicarla o vigilar el cumplimiento de sus disposiciones.

La problemática de las cláusulas abusivas en los contratos y practicas abusivas tenia que encontrar en el legislador una solución inmediata y urgente³⁶⁹, así las cosas, es un hecho que los usuarios ya no toleran más las cláusulas –cláusulas abusivas- que se incorporan en los contratos de apertura a crédito.

Por ello, podemos decir con toda seguridad que la Ley del sistema tarjetas de crédito debe en primer lugar frenar los abusos³⁷⁰ y proteger a los

³⁶⁹ <http://archive.laprensa.com.sv/20070607/nacion/796899.asp>, consultada el día 6 de octubre de 2009. “Es urgente porque hay mucha gente involucrada y se maneja una cantidad impresionante de dinero. Desde el punto de vista de la administración financiera, el tema más urgente es el de las tarjetas de crédito”.

³⁷⁰ <http://www.defensoria.gob.sv/prensa/2009/08/n090826.html>, consultada el día 6 de octubre de 2009. Los principales problemas a los que se enfrentan los usuarios del servicio de las tarjetas de crédito están relacionados con la aplicación de un recargo por pago extemporáneo, altas tasas de interés, cobro en concepto de membresía, cobros por servicios no solicitados, errores en el cálculo de la cuota, así como la deficiencia en la información que deben proporcionar los emisores antes de conceder una tarjeta de crédito. De 784 denuncias presentadas entre el 3 al 30 de agosto de 2008 –que

consumidores ante prácticas indebidas en el mercado financiero, dando seguridad jurídica al consumidor y estableciendo reglas claras para los emisores del llamado "*dinero plástico*".

Lastimosamente, desde nuestro punto de vista debió haberse incluido en el texto de la Ley un capítulo especial, que se encargue únicamente de regular las *cláusulas abusivas* y *el de las prácticas abusivas*, a su vez permitiría que los usuarios de tarjetas de crédito estén bien informados sobre aquellas cláusulas que no se les pueden incluir en sus contratos o que prácticas no pueden ejercer contra sus personas.

Si bien es cierto la Ley del sistema de Tarjetas de Crédito, no dejó de referirse a las cláusulas abusivas en el Artículo 15 bajo el título de cláusulas ineficaces, consideramos que se quedó corto en cuanto a su enumeración, ya que existen otras cláusulas que dejaron de ser incorporadas pese a su carácter abusivo, no obstante, nos encontramos conscientes de que el legislador dejó abierta la posibilidad de hubiesen otras que no hayan sido mencionadas tal como sucede en la Ley de Protección al Consumidor.

Las expectativas que se tienen respecto a la Ley de Sistemas de tarjetas de crédito, son grandes, principalmente para los usuarios de tarjetas de crédito que no toleran más las altas cantidades que mes a mes aparece en su estado de cuenta, por eso esperamos que las soluciones se comiencen a ver a corto plazo, y todo sea manejado en el marco de la justicia social.

fueron objeto de estudio-, el 41% fue por cobros indebidos aplicados principalmente en los estados de cuenta de las tarjetas de crédito. Las quejas más frecuentes de los consumidores fueron por revisión de cuenta (intereses, comisiones o saldo), cargo por servicio no solicitado, cobro indebido de intereses, problema con pago automático y mal cálculo de cuota, entre otros.

CAPITULO SEIS

ANALISIS DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO

SUMARIO: 6.1 Exordio 6.2 Encuestas a tarjetahabientes 6.3 Entrevista realizada a representante de la Superintendencia del Sistema Financiero 6.4 Entrevista a asesor jurídico de la Asamblea Legislativa, 6.5 Entrevista a representante de la Defensoría del Consumidor 6.6 Entrevista a docente del Departamento de Derecho Privado y Procesal de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador.

6.1 EXORDIO

Para el desarrollo de la investigación de campo las técnicas utilizadas para la recopilación de información fue el de encuestas a los tarjetahabientes, y entrevistas a otros sectores involucrados con la problemática.

El número de personas seleccionadas para responder a nuestra encuesta fue de veinticinco, pertenecientes a ambos sexos, comprendidos en los niveles de educación básica, media y universitaria, cuyas respuestas se ajusten según sus profesiones ó su mismo nivel de estudios.

Las entrevistas se realizaron a personas que representan alguna de las instituciones que tiene relación directa con nuestro tema de investigación, como lo son la Superintendencia del Sistema Financiero, La Defensoría del Consumidor, y La Asamblea Legislativa, y por otra parte a un profesional de las ciencias jurídicas con conocimiento el tema.

Es de aclarar que las entrevistas formuladas fueron realizadas cuando aún no se había aprobado por la Asamblea Legislativa la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito, por lo que las preguntas relativas a la Ley se realizaron

como proyecto de Ley, pero en el análisis de las entrevistas se ha expuesto la expectativa del entrevistado con la aprobación de la Ley, y si esa expectativa fue cubierta con la Ley que se aprobó.

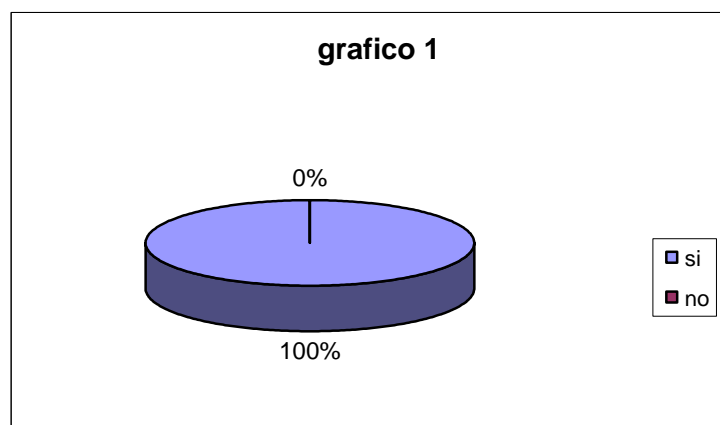
A continuación se detallan las respuestas obtenidas, y haremos el respectivo análisis de las mismas, pues solo así podremos ver si las mismas coinciden con nuestros planteamientos.

6.2 ENCUESTAS A TARJETAHABIENTES

1 *¿Recuerda haber firmado un contrato para que le emitieran su tarjeta de crédito?*

Si **No** **¿Por qué?**

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	25	100%
NO	0	0%



Análisis de resultados:

La respuesta obtenida de los tarjetahabientes se inclina a una sola variable tal como lo indican los resultados, el 100% manifestó haber firmado un contrato para que le pudiesen emitir su tarjeta de crédito.

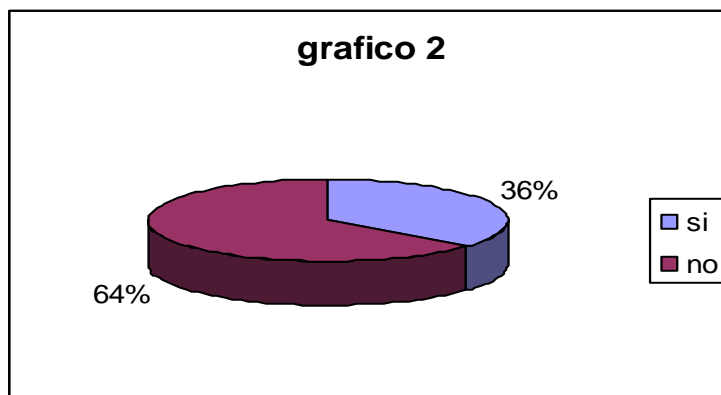
Al preguntárseles el por que firmaron el contrato, las respuestas fueron muy variadas, y entre las respuestas mas frecuentes se encuentran: que porque ese era el contrato con el que les darían la tarjeta, otros respondieron que solo firmando el contrato les darían la tarjeta de crédito, y otros respondieron que se decidieron a contratar porque les parecía atractivo el poder hacer uso de tarjeta de crédito.

De las repuestas de los tarjetahabientes se puede inferir que los usuarios firmaron el contrato únicamente por ser un requisito indispensable para adquirir la tarjeta de crédito, y no se detienen a pensar el vínculo jurídico que mediante el contrato de apertura de crédito se origina, desconociendo así lo que quiere decir el contenido del contrato.

2. ¿Conoce Usted que tipo de contrato fue el que firmo?

Si No ¿Por qué?

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	9	36%
NO	16	64%



Análisis de resultados:

De la población tarjetahabiente encuestada únicamente el 36% dijo conocer el contrato que firmaron, mientras que el 64% restante dijo no conocerlo.

El 64% de los que dijeron que no conocían el tipo de contrato que firmaron, al preguntárseles porque no lo conocían, las respuestas más frecuentes fueron que no prestaron atención a esta situación cuando firmaron el contrato o que a la fecha se les olvido la explicación sobre el contrato que le dieron en el Banco al momento de su celebración, por otro lado del 36% que respondió que conocían el contrato, la mayor parte respondió que no era

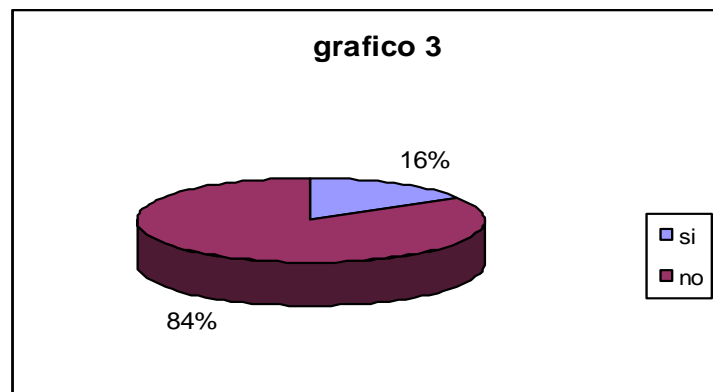
la primera vez que tenían una tarjeta de crédito, y la minoría porque trabajaba ó había trabajado con alguna institución financiera.

De las respuestas de los tarjetahabientes se puede concluir que la mayoría de personas firman contratos sin saber qué tipo de documento es, o la obligación que deviene de ése contrato, es más, probablemente no conoce los efectos del incumplimiento de ése contrato, y ésta última circunstancia es muy preocupante porque se le está otorgando una línea de crédito, y al no pagar el monto de lo acreditado, el Banco puede reclamar su pago por la vía judicial, y las personas corren el peligro de que se decrete embargo, y no solamente eso, si se solicita que se condene en costas procesales, también implica un perjuicio económico al tarjetahabiente, y si no conoce el contenido del contrato, o qué tipo de contrato es el que está firmando, es poco probable que pueda saber si ha incurrido o no en incumplimiento o saber si la circunstancia por la cual se esta iniciando un juicio, estaba o no contemplada en el contrato.

3. ¿Leyó ó le leyeron el contenido del contrato antes de firmarlo?

Si No ¿Por qué?

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	4	16%
No	21	84%



Análisis de resultados:

De esta pregunta fue el 84% de los tarjetahabientes quienes manifestaron no haber leído el contrato antes de firmarlo, y tan solo el 16% considero importante leerlo y efectivamente lo hizo.

Cuando se les pregunto a los que no leyeron el contrato las razones por las que no lo hicieron, se obtuvieron varias respuestas como: para que hacerlo, que parecía aburrido, no portaba mis lentes, es una perdida de tiempo porque son extensos, no hay nada de diferente respecto de otros, hasta otras más serias como no es primera vez y conozco la mayor parte de las condiciones. Por otra parte, los encuestados que manifestaron haber

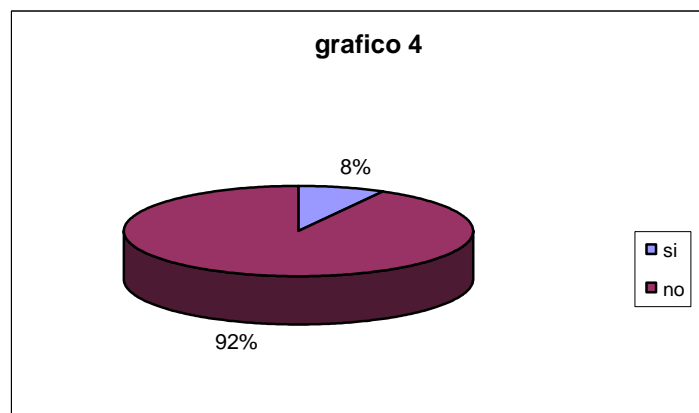
leído el contrato, respondieron que lo hicieron por que siempre se debe leer lo que se firma, y hay que conocer al menos lo mínimo a lo que se obligan.

De las respuestas obtenidas por los tarjetahabientes, se puede advertir que no leer el contrato trae como consecuencia que no conozcan completa o parcialmente las condiciones contractuales a las que someten.

4. ¿Comprendió el contenido del contrato en su totalidad?

Si No ¿Por qué?

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	2	8%
NO	23	92%



Análisis de resultados:

Respecto a esta pregunta el resultado fue que el 92% manifestó no comprender el contenido del contrato, y tan solo el 8% manifestó si comprenderlo.

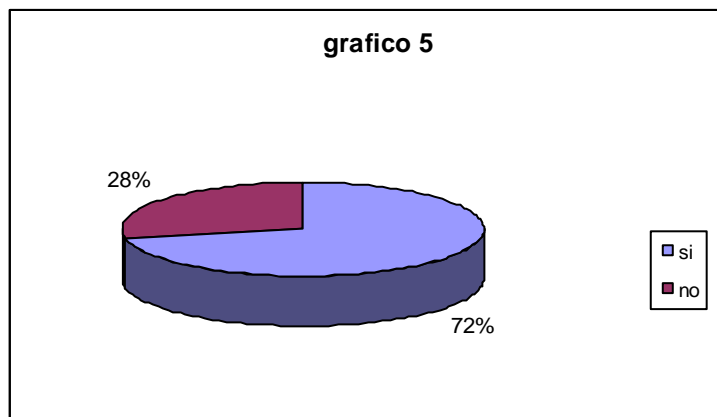
Las respuesta más frecuentes por lo que respondieron que no, fue que no lo entendieron por no haberlo leído, otros no lo entendieron porque es muy complicado, y otros respondieron que no lo comprendieron en su totalidad; por los que respondieron que si, estos manifestaron en que lo entendieron porque trabajan con este tipo de cosas, y porque no le son indiferentes las condiciones.

Esta pregunta tiene relación con la anterior y puede ser una consecuencia de ella porque si dejan de dar lectura al contrato que firman también desconocerán en un primer momento las obligaciones a las que se sujetan, pero en el grado de comprensión del contrato también pueden influir otras circunstancias como el nivel académico del usuario, pero de igual forma es obligación del Notario, explicar a los comparecientes el contrato y sus efectos, y ésta circunstancia influye en que las personas no le den buen uso a la Tarjeta y al final caen en una deuda que no pueden pagar.

5. ¿Estuvo de acuerdo con todos los términos del contrato?

Si No ¿Por qué?

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	18	72%
NO	7	28%



Análisis de resultados:

El 72% de los tarjetahabientes encuestados manifestaron estar de acuerdo con los términos del contrato, mientras el 28% manifestó no estar de acuerdo, al analizar el resultado nos percatamos que los encuestados que estuvieron de acuerdo con los términos del contrato fueron los que no conocían el contrato que firmaban y manifestaron no haberle dado lectura.

De los que estuvieron de acuerdo con los términos del contrato al preguntarles el por que de su respuesta, manifestaban que necesitaban de la tarjeta, ó que no era posible que le emitieran su tarjeta sino estaba de

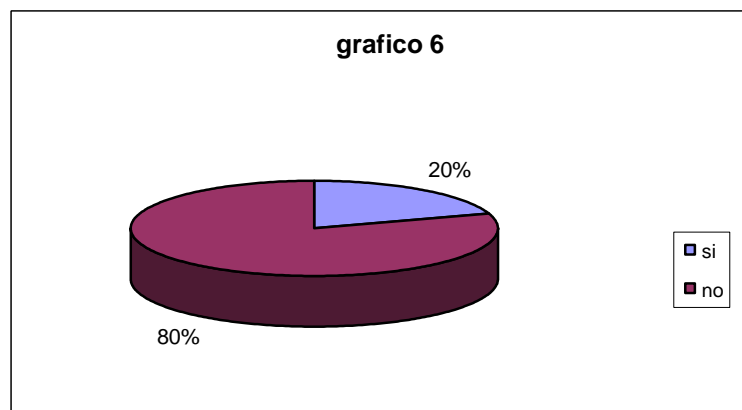
acuerdo con los términos del mismo; por otra parte, los que manifestaron el no estar de acuerdo con los términos del contrato fundamentaron su respuesta en que habían condiciones que les parecían mas beneficiosas para el banco y perjudiciales para ellos.

En la pregunta elaborada y las respuestas obtenidas se puede verificar las características de este tipo de contrato denominado de adhesión, en el que las disposiciones se encuentran previamente establecidas, sin existir la posibilidad de negociarlas y el usuario solo tiene la opción de aceptarlas o rechazarlas.

6. ¿Conoce sus derechos como consumidor?

Si No ¿Por qué?

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	5	20%
NO	20	80%



Análisis de resultados:

El gráfico describe que el 20% conocía de sus derechos como consumidor, mientras que el 80% restante manifestó no conocerlos o conocer solo alguno de ellos.

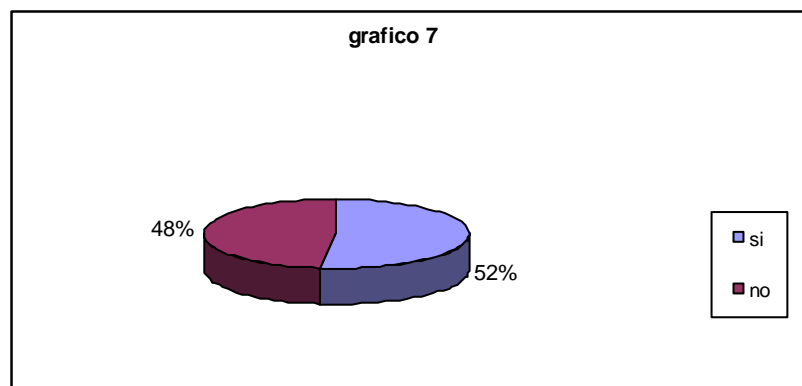
De los que manifestaron conocerlos, dijeron que tenían conocimientos de ellos porque se informaban a través de periódicos y las noticias televisivas, por otra parte los que manifestaron que no los conocían expresaron que era porque no había mucha difusión de ellos y también por falta de interés.

A través de las respuestas dadas por los tarjetahabientes queda claro que no se han hecho los esfuerzos suficientes para que ellos puedan conocer mejor sus derechos como consumidores, sea porque la institución responsable no utiliza los medios adecuados para darlos o porque los consumidores no tienen el interés para conocerlos. Queda también que la población no se interesa por informarse sobre sus derechos como consumidores, porque si esto fuera así, tal vez no serían víctimas de tantos abusos por parte de las Instituciones Financieras, pero dado ése gran número de personas que ignoran los derechos en mención, es porque no se interponen denuncias en las Instituciones correspondientes.

7. ¿Considera Usted que las condiciones impuestas en el contrato vulneran sus derechos?

Si No ¿Por qué?

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	13	52%
NO	12	48%



Análisis de resultados:

Al preguntarles si los términos del contrato vulneran sus derechos la mayor parte en un 52% respondió positivamente, mientras el 48% restante manifestó que no como lo observamos en el gráfico.

Al preguntarles el porque, muchos, pese a no conocer sus derechos como consumidor como lo demuestra el gráfico 6, manifestaron creer que si eran vulnerados sus derechos en cuanto a las condiciones bajo las cuales firmo o firmaron el contrato de apertura a crédito, sobre todo porque los cobros son muy altos, mientras los que contestaron que no, manifestaron que

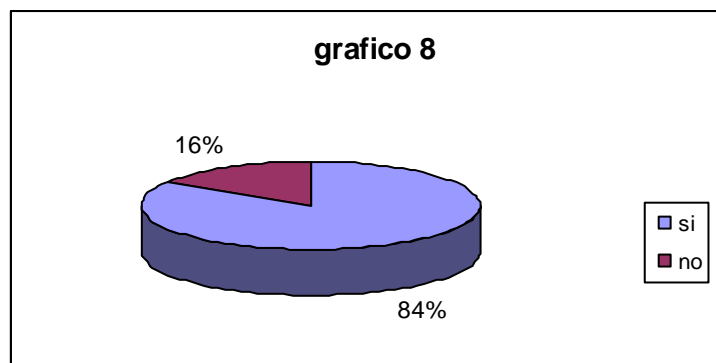
nunca habían tenido problemas en el manejo de su tarjeta de crédito porque sabían hacer un buen uso de ella.

Las respuestas de los tarjetahabientes deja de manera clara que consideran vulnerados sus derechos no porque los conozcan sino más bien porque ven afectados sus intereses económicos.

8. ¿Creé Usted que el contrato le produjo más perjuicios que beneficios?

Si No ¿Por qué?

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	21	84%
NO	4	16%



Análisis de resultados:

El 84% percibe que el contrato les produjo más perjuicios que beneficios, y tan solo una minúscula cantidad que representa el 16% cree que no le ha producido más perjuicios que beneficios.

Cuando les preguntamos el porque de sus respuestas los que manifestaron que si consideraban que el uso de las tarjetas les provocaba mayores perjuicios, era en lo económico, porque los cobros por realizar compras con la tarjeta les resultaban mucho más altos que lo que les pudo haber resultado con dinero en efectivo, y que aun cuando no se hace uso de la tarjeta siempre le llegaban cobros. Por otro lado los que manifestaron que

no dijeron que todo estaba en hacer un buen uso de la tarjeta pues sino los cobros serán excesivos.

De las respuestas podemos concluir que los usuarios de tarjetas de crédito creen que el perjuicio deviene de las tasas de cobro impuestas por las instituciones que les emiten sus tarjetas, pues son muy altas y resultan que lejos de beneficiarles les perjudican, lo que no se apega con el objetivo o la necesidad que el Contrato de Apertura de Crédito persigue, pues es nada más de ofrecer una disponibilidad de crédito a las personas, pero esto se ha desnaturalizado, porque ahora dicho contrato, dado el gran número de personas que lo utilizan, se ha convertido en una de las principales fuentes de ingresos que le dejan a los Bancos.

9. De las siguientes opciones cual considera que es la que más le afecta como usuario de tarjetas de crédito?

a) intereses, comisiones y recargos.

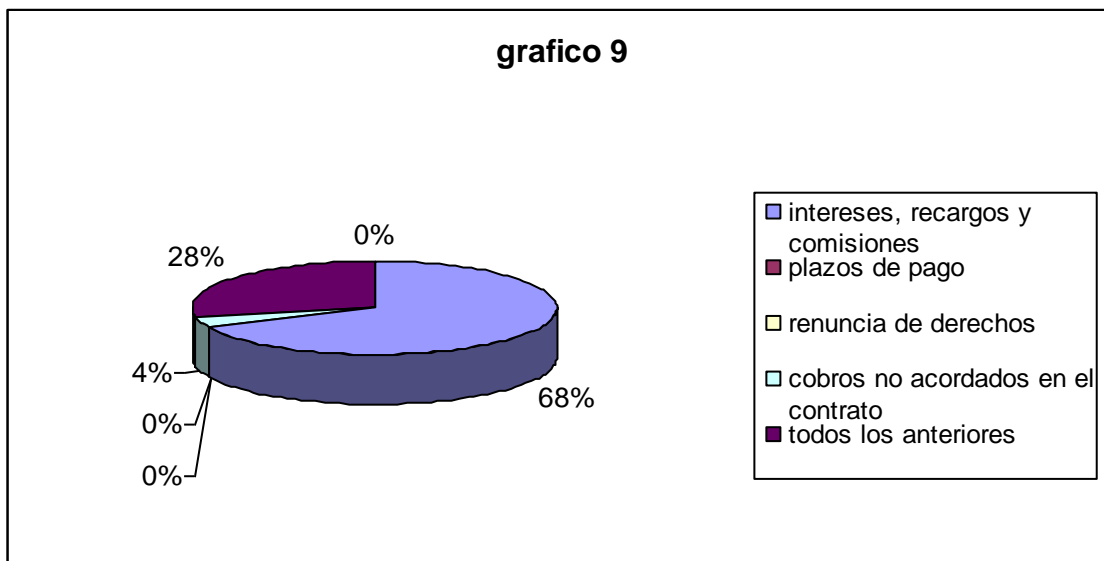
b) plazos de pago

c) renuncia de derechos

d) cobros no acordados en el contrato

e) todos los anteriores

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
intereses, recargos y comisiones	17	68%
Plazos de pago	0	0%
renuncia de derechos	0	0%
Cobros no acordados en el contrato	1	4%
todos los anteriores	7	28%
Otros	0	0%



Análisis de resultados:

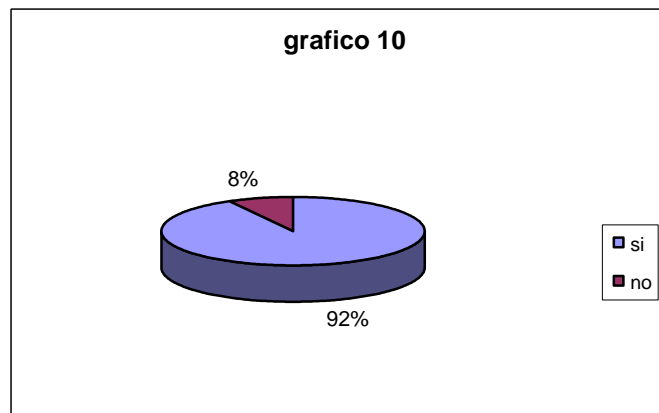
El gráfico refleja que el 68% de los tarjetahabientes encuestados considera que la mayor dificultad que les representa tener una tarjeta de crédito son los intereses comisiones y recargos en sus cobros, el 4% manifestó que eran los cobros no acordados en el contrato, y el 28% considero que eran todas las circunstancias las que le afectaban.

La conclusión que se obtiene de estas respuestas es que el mayor problema que causa la tarjeta de crédito a los usuarios son las altas tasas de interés acompañado de sus respectivos recargos y comisiones, pues afecta su economía al ver sus estados de cuenta mes a mes.

10. Considera necesaria la creación de de una ley especial de tarjetas de crédito para frenar esta serie de abusos (practicar)?

Si No ¿Por qué?

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	23	92%
NO	2	8%



Análisis de resultados:

En esta interrogante el 92% manifestó necesaria la creación de una ley especial de tarjetas de crédito, por el contrario únicamente el 8% contestó que no es necesaria la creación de esta ley.

Al preguntarles el por que, lo que manifestaron necesaria la creación de la ley consideran que esta los protegerá de los abusos de los bancos, otros manifestaron que disminuiría los cobros hechos en sus estados de cuenta, por otro lado los que manifestaron como innecesaria la creación de una ley, dicen que esta no contribuiría en nada porque los bancos se las

ingeniarán para poder percibir las mismas ganancias que hasta hoy, y que el cambio debe estar en las políticas de los bancos.

Un gran porcentaje de los encuestados poseen la esperanza de que una ley especial que regule la emisión y uso de la tarjeta de crédito controle y reduzca la problemática que gira en torno a ellas y específicamente que disminuya la indefensión en la que se encuentran hasta el momento, a pesar de existir cierta normativa que las regula. Es de aclarar que las encuestas fueron realizadas cuando aún no se había aprobado la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito, y lamentablemente no se aprobó un techo en materia de intereses, ni mucho menos se va a disminuir el cobro que actualmente se hace en los Estados de Cuenta, porque es éste rubro no ha habido mayor avance.

6.3 ENTREVISTA REALIZADA A REPRESENTANTE DE LA SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO.

Lic. Alex Mauricio Larios R., Colaborador del Departamento Jurídico.

¿En el Contrato de Apertura de Crédito, por medio del cuál se emite la Tarjeta de Crédito, se introducen cláusulas abusivas?

Bueno, el hecho es que las pretenden utilizar y obviamente son cláusulas que son adheridas contenidas en un contrato pre impreso, pero resulta que una de las atribuciones de la Superintendencia es la revisión de los contratos que van a hacer utilizados por las entidades que emiten Tarjetas de Crédito, siendo remitidos a nuestra Institución para que nosotros las revisemos, y dentro de esa revisión advertimos en algunas ocasiones que

ciertamente vienen cláusulas Leónidas, que son abusivas, dentro de los formatos ya pre-impresos, pero lo que hace la Superintendencia es ver si el contenido de esas cláusulas es contradictorio a lo que dice el Art. 17 de la Ley de Protección al Consumidor, y de ser así nosotros hacemos las observaciones de esas cláusulas y en todo caso lo que sugerimos es que se eliminen o que se reformulen.

En aquellos casos en que se persista con la inclusión de la cláusula, para que deje de ser abusiva, lo que se hace es consignarla en un texto por aparte, en la que se establezca una voluntad inequívoca del cliente de decir que si existen estas cláusulas pero que no están dentro del bagaje o montón de estipulaciones, sino que quedan por aparte, y si están reguladas por aparte por el cliente, entonces no hay ningún problema siempre y cuando consten por escrito.

Entonces se deja la libertad de estipularse pero con la diferencia que se encuentran ya reguladas en un documento por aparte; se puede decir entonces que el cliente está aceptando con claridad que se encuentra esa cláusula pero deja de ser Leónida; salvo esta circunstancia si se han introducido o relacionado, entremezclado un clausulado que pueden ser sujetas a prohibición, vale decir que sean abusivas, es ahí cuando la Superintendencia le pone un alto, en revisión conjunta que hace la Defensoría del Consumidor según su ley.

Una vez que ha pasado por la supervisión de la Superintendencia ¿Es imposible que existan o se incorpore una cláusula abusiva en los contratos que utilizan?

Ya no, porque queda depositado ése contrato ya revisado y ya depurado por decir algo, pero si dichas entidades toman o usan otro, entonces quedan sujetos a sanción, incluso hasta sacarlos del mercado porque están comercializando sobre un documento que no ha sido depositado.

¿Cuál es el mecanismo que controla la introducción de cláusulas abusivas y si este es efectivo?

Es la misma revisión, que debe de hacerse con los contratos nuevos que utilicen las entidades fiscalizadas o las entidades emisoras de tarjetas, formatos que deben de remitir a la Superintendencia por Ley. La revisión se hace de manera conjunta con la Defensoría del Consumidor y hay plazos para hacerlo, que son treinta días hábiles para darle una respuesta a las entidades y comunicarle las observaciones si existieren, o decirles que está todo bien y se deposita el contrato, pero si hay irregularidades, se les dan las observaciones para que ellos a su vez respondan dentro de cierto plazo determinado para ello y así se esta jugando. El trámite para la revisión se encuentra establecido en el Art. 22 de la Ley de Protección al Consumidor y el 12 de su respectivo Reglamento, en los que esta contemplado el mecanismo que es una revisión conjunta entre lo que es Defensoría del Consumidor y la entidad de la Superintendencia del Sistema Financiero.

¿Cree usted que es efectiva la supervisión del Estado mediante la Superintendencia del Sistema Financiero sobre la actividad bancaria?

Si es efectivo porque nos damos cuenta que hay cositas un poco raras que están incluyendo y advertimos que eso no debe de ser así.

¿Qué sucede si se han hecho observaciones a una cláusula y cuando se presenta nuevamente viene la misma cláusula pero redactada de diferente forma?

Lo cierto es que aunque vengan redactadas de distinta manera pero el contenido sigue siendo el mismo, entonces procuramos que el contenido no dañe a los consumidores y siempre nos percatamos que el contenido es el mismo, por lo que la revisión tiene que ser sobre todas esas bases.

Nosotros somos muy minuciosos al realizar la revisión, incluso el abc, las comas, la tildación, ya no digamos sobre el contenido que es el grueso de la revisión y revisamos las comas y todo eso por razones de prestigio de la Superintendencia, porque si ya quedó depositado aquí, es porque se debe de hacer un trabajo bien hecho y aunque el contenido sea engorroso no podemos decir que quede así sin revisarlo, siempre lo hacemos y aunque la cláusula esté oculta siempre se revisa el contenido por ello el mecanismo de control que existe actualmente es efectivo.

¿Cree usted que es suficiente la normativa que existe sobre cláusulas abusivas?

Si es efectiva, porque de todas maneras fuera Ley muerta, tal vez en el futuro podría crearse una ley de desarrollo, es decir que desarrollen ciertos puntos que no se encuentran en la Ley de Protección al Consumidor ni en su Reglamento, por lo demás yo creo que está bien la regulación, de hecho el marco regulatorio de la Tarjeta de Crédito o las Tarjetas electrónicas están dentro de la Ley de Bancos, dentro de las operaciones que la misma Ley les

faculta realizar, entre la que se encuentra la de emitir Tarjeta de Crédito y la Ley de Bancos también tiene normas terciarias que desarrollan algún punto de algún articulado que por delegación o facultad del Consejo Directivo nuestro las crea para complementar o desarrollar, por lo que yo creo que el engranaje de normativa por el momento está bien, el tema es cómo darle seguimiento, por eso son las constantes auditorias que se hacen en los bancos a efectos de establecer si esta normativa se está cumpliendo o no, y de ahí viene que si no se están cumpliendo, se sigue el respectivo procedimiento para la imposición de multas.

En conclusión, la normativa que existe en materia de cláusulas abusivas, hoy por hoy, es efectiva, y recordemos además que está pendiente de aprobación la Ley de Tarjetas de Crédito, y mientras no se tenga una Ley especial que hable del tema, en lo que corresponde a nosotros, su aprobación significaría un refuerzo de las facultades de supervisión y de revisión conjunta con la Defensoría y por eso nosotros le estamos dando seguimiento al proyecto de Ley, a parte que hay algunos aspectos que son muy renuentes, porque hay puntos que no se quieren soltar ni dejar de regular porque va en contra de ciertos intereses.

¿La ley de bancos otorga muchas libertades a los bancos en cuanto a la emisión de tarjetas?

En cuanto a la emisión de Tarjeta de Crédito, ya está reconocido por Ley que pueden hacerlo, y recordemos que para la emisión de un nuevo producto, se tiene que hacer amparándose a un marco legal.

En cuanto a los intereses de la población, por eso se hace una revisión conjunta con la Defensoría del Consumidor y es de reconocerse que

se están incluyendo en los contratos aspectos un tanto raros, pero eso se espera cambiar cuando ya se apruebe y se aplique la Ley de Tarjetas de Crédito, hoy por hoy considero que estamos haciendo un buen trabajo, reconociendo que se puede mejorar en algún aspecto, como en cuestiones de logística, pero estamos al día con la revisión, incluso tramitamos denuncias que las presentan a la Superintendencia en relación a éstos temas y si ha habido casos que están relacionados a un punto abusivo y revisamos pero por lo demás creo que estamos bien.

¿Cree usted que es efectiva la supervisión del Estado sobre la actividad bancaria?

Yo considero que si, y poco a poco se está haciendo sentir que la facultad de supervisión y fiscalización que tiene la Superintendencia como fedataria del Estado, estamos tratando que priven los intereses colectivos y no los privados, que en este caso son los mismos Bancos o emisores de Tarjeta por su ánimo de lucro, pero no tiene que ser a costa de los consumidores, por eso es que en unión con la Defensoría del Consumidor es muy bueno que estemos trabajando de la mano mientras no tengamos mas herramientas, como la Ley especial que lo regule y nos diga que si hemos estado haciendo las cosas bien, pero hoy por hoy la facultad supervisora la estamos cumpliendo bien, todo por el bien de la comunidad, pues se da el caso en los contratos de adhesión, que por la misma necesidad uno firma, y por esos temas se ha enmarcado una revisión optima, pero creo que pudiera ser una herramienta más efectiva, una Ley especial, en cuanto a las facultades de Supervisión.

¿Las facultades que otorga la Ley de Bancos a los Bancos obedecen al predominio del libre mercado en el Sistema Económico de El Salvador?

El mercado exige mucho porque somos una sociedad de avanzada por lo que estamos tratando de optimizar y ser prácticos con la intermediación, ésta no como Bancos, sino como sujetos de intermediación, entonces nos dejamos ir por ese medio y por ello exige una cuestión mas dinámica, pero siempre y cuando dentro de un marco de garantías a los usuarios y el predominio va de avanzada y creo que será más exigente y prueba de ello es la nueva legislación que dentro de poco estará sancionada.

¿Cuáles son los aportes que brindaría la nueva Ley de Tarjetas de Crédito?

Va a abonar realmente porque si desde ya se está combatiendo, no podría ser contradictoria a los esfuerzos que hace la Superintendencia juntamente con la Defensoría del Consumidor, porque los temas mas especiales sobre defensoría los tiene protección al consumidor, y la nueva Ley va a tomar aspectos de protección tomando una orientación garantista y lo mejor es que también esas entidades van a estar supeditadas a la supervisión de la Superintendencia del Sistema Financiero, entonces estará reunida en un solo aparato legal estos tres aspectos: de protección, de garantía, y la revisión conjunta en cuanto a la supervisión de la Superintendencia y en todo caso la ley en mención, por ello no puede ser contradictorio, es decir que la Ley especial venga a desbaratar ya un trabajo que se ha venido haciendo en conjunto la Defensoría del Consumidor con la Superintendencia.

6.4 ENTREVISTA A ASESOR JURÍDICO DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA

Licda. Gisela Yamileth Alvarenga Perdomo, Asesor Jurídico, Grupo Parlamentario FMLN, Asamblea Legislativa.

¿En el Contrato de Apertura de Crédito por medio del cual se emite la Tarjeta de Crédito se introducen cláusulas abusivas?

Eso más que yo lo crea lo he verificado, porque nosotros hemos tenido algunas reuniones, por ejemplo con Defensoría del Consumidor y ellos han documentado una cantidad enorme de denuncias que se hacen mensualmente con respecto abusos en las Tarjetas de Crédito, por ello, más que una percepción puede decirse que está documentado y que es una realidad y la verdad es que más allá que se introduzcan cláusulas abusivas, es que se dan prácticas abusivas, ciertamente en esos tipos de contratos que son los de adhesión ahí hay cláusulas de ése tipo, tales como aquellas que hablan sobre renuncia de derechos, que incluso ya está declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia, pero quizás por costumbre se han dejado ahí. Entonces si se introducen cláusulas abusivas, pero hay algunas cláusulas que sin que se introduzcan en el contrato, son prácticas abusivas, porque de hecho implican abusos a los consumidores porque ellos dicen que eso no estaba en el contrato.

¿Cual sería para usted una cláusula abusiva que no se incluya en el contrato?

Bueno, que sobre las comisiones que a usted le han establecido le carguen intereses. En la Ley no se encuentra una lista de comisiones y de

recargos, por ejemplo el Banco maneja como concepto de comisión el cobro administrativo y ¿que es esto?, es que a usted le hablen por teléfono y le digan, mire usted nos tiene que pagar. El concepto de comisión que se encuentra en las Normas Técnicas de la Superintendencia del Sistema Financiero dice que: Una comisión es el pago que usted hace por un servicio que le prestan y en el caso del cobro administrativo, ¿qué servicio le están prestando a usted si le hablan y le dicen usted me tiene que pagar, aunque usted no se haya retrasado? Entonces eso se lo cobran como una comisión, pero a usted no le genera ningún servicio, ningún aporte, y sobre eso a usted le van a cobrar intereses, entonces eso es algo que usted no lo va a encontrar escrito en la Ley, pero que en la practica se da.

En conclusión no podemos negar que hay cláusulas abusivas y que se siguen introduciendo cláusulas que van más allá de lo que les permite la ley, y es precisamente por eso que se están haciendo esfuerzos de normar o dejar establecido que no se pueden establecer otras cláusulas que no estén en el contrato o aplicarle a usted otro tipo de cobro, llámesele como sea, comisión o recargo que no esté previamente en el contrato esto para la seguridad jurídica de las personas.

¿Cual es el mecanismo que controla la introducción de cláusulas abusivas?

Bueno actualmente sabemos que tenemos a la Defensoría del Consumidor que más que controlar la introducción de cláusulas, ellos lo que hacen es controlar los efectos, porque ahorita no tenemos facultado a un ente para que previamente se les revise el contrato y le diga mire ésta cláusula es abusiva me la quita de éste contrato, ahorita no hay mecanismo porque nadie le revisa previamente el contrato y que tenga la autoridad de

decir ésta cláusulas si o ésta no, porque lo que se regula o controla son los efectos a posteriori, y una vez entra en vigencia éste contrato, si hay cláusulas que están ahí plasmadas en ése contrato que son contrarias a lo que la Ley del Consumidor establece, entonces puede dar lugar a sanciones, a que se le devuelva al cliente lo que se le ha cobrado injustamente, pero el control es más a posteriori.

¿Es suficiente la vigilancia y control que ejerce la Superintendencia del Sistema Financiero cuando revisa los contratos antes que sean utilizados por el Banco?

Eso está previsto en el Proyecto de Ley del Sistema de Tarjeta de Crédito, pero ahorita incluso los bancos no necesitan una autorización para la emisión de tarjetas, en la actualidad un banco puede empezar a emitir tarjetas y no es obligación de irle a pedir permiso a la Superintendencia del Sistema Financiero y si no le debe de ir a pedir permiso para la emisión, mucho menos le debe de ir a enseñar el contrato para que se lo apruebe, eso en la actualidad no se hace, pero está previsto en el Proyecto de Ley de Tarjetas de Crédito, incluso el FMLN propuso de que no se haga un simple depósito, porque es así como estaba previsto originalmente, sino de que la Superintendencia autorice los contratos a utilizar, los va a revisar y va a ver que sean conformes no solo a lo que se establece en la nueva ley de Tarjetas de Crédito, sino también con la leyes que se han emitido previamente, como la de Defensoría del Consumidor .

En conclusión actualmente los bancos no depositan ni se autoriza por parte de la Superintendencia el contrato, porque en estos momentos los bancos no necesitan autorización para emitir tarjetas de crédito, simplemente emiten, al igual que los grandes comercios que ya sabemos cuales son,

tarjeta; ellos tienen un contrato, pero lo manejan internamente, no es que ellos van a la Superintendencia a decirle mire fíjese que yo estoy emitiendo tarjetas y éste es el contrato, nada les obliga a ello.

¿La regulación que existe actualmente en materia de cláusulas abusivas es efectiva?

La regulación que se tiene actualmente en materia de cláusulas abusivas se encuentra en la Ley de Protección al Consumidor, entonces también ahí le dice cuales son los efectos de la incorporación de dichas cláusulas, como que se van a tener por no escritas y en todo caso si se introducen, la defensoría ya tiene previsto un procedimiento sancionatorio, entonces hasta este momento yo pienso que la Defensoría ha hecho un buen trabajo y de hecho goza de mucha credibilidad porque ustedes ven y se dan cuenta, ha venido aumentando el porcentaje de denuncias, y eso no significa que ahora hay más casos, sino que ahora hay una cultura de denuncia que antes no teníamos, ahora la gente denuncia más y es porque tiene confianza en las instituciones, por lo que pienso que es de resaltar el trabajo que está haciendo la Defensoría porque incluso tienen programas de la Defensoría móvil, que les acercan a las personas las unidades en las cuales pueden poner denuncias, les han facilitado un teléfono donde usted puede denunciar y puede hacerlo en línea, estos diferentes mecanismos que se ponen a disposición de las personas, facilita la interposición de la denuncia además de que la gente ve resultados porque a menudo se hacen publicaciones que dicen: hemos sancionado a ésta empresa y solamente ésa sanción moral que es señalada por la gente, y solo esa sanción moral ya es un gran paso importante en materia de protección.

¿La ley de bancos, otorga muchas libertades a los Bancos en cuanto a la emisión de tarjetas?

Realmente la Ley de Bancos no contempla mucha regulación sobre tarjetas de crédito, lo único que podemos observar es el Art. 64 de la Ley de Bancos, pero ese no es sobre Tarjetas de Crédito, sino que se refiere a los productos crediticios que ofrece el Banco, y el cuál le da la amplia libertad a los bancos para que ellos puedan establecer libremente sus tasas de interés; la Ley de Bancos no establece en específico nada relacionado con el sistema de tarjeta de crédito.

El Código de Comercio regula el Contrato de Apertura de Crédito, que es el contrato que se aplica actualmente para la emisión de Tarjetas de Crédito. Entonces no es que la Ley de Bancos otorgue demasiadas libertades porque ni siquiera regula el sistema de Tarjeta de Crédito y esa era una preocupación que se tenía y por la que se ha venido luchando por casi ocho años, porque este es un mercado creciente, dinámico y se ha incrementado el uso de Tarjetas de Crédito por la población, por lo que es necesario que el Estado intervenga para proteger a esa parte débil que es la población.

¿La Ley de Bancos otorga muchas facultades a los Bancos pero en cuanto a la formulación de sus políticas y su forma de actuar?

Como no hay regulación, y lo que no está prohibido está permitido, entonces actualmente podemos decir que existe un libertinaje, porque los Bancos emiten a diestra y siniestra Tarjetas de Crédito, con la tasa de interés que quieren, ponen la comisión y el recargo que les da la gana, no tienen la obligación de ir a pedir permiso, y lo que existe actualmente es un sistema

permisivo porque hay un vacío y no se puede decir que la Ley les da esa libertad, sino que simplemente no los regula.

¿El papel del Estado en la vigilancia bancaria, es efectiva?

Bueno la verdad es que el Estado ha ejercido su rol supervisor a través de la Superintendencia del Sistema Financiero, hay una Ley y dentro de ésta Ley, se le faculta a la Superintendencia del Sistema Financiero para que emita normas técnicas, también hay Tratados Internacionales que usted tiene que aplicar; las normas de Basilea y en éste sentido podemos decir que se está haciendo un esfuerzo, aunque yo pienso de que todavía hay que fortalecer el trabajo de la Superintendencia, porque muchas veces, aunque cuentan con un personal calificado, porque a ésta gente se la da mucha capacitación porque los temas son muy técnicos y específicos, pero a veces éste personal es insuficiente.

Todos los movimientos, digamos la globalización y la economía misma ha venido haciendo más complejo éste mercado, porque ahora ya tenemos la figura de los Conglomerados Financieros, y así por ejemplo Bancos que tienen sociedades de seguros, tienen administradoras de pensiones, entonces a la Superintendencia del Sistema Financiero se le complica un poco ser un pulpo y abarcar todas esas instituciones, de hecho ya entró a la Asamblea un Proyecto de Ley que se llama Ley de Supervisión única y con ésta Ley se pretende que la Superintendencia del Sistema Financiero, la Superintendencia de Pensiones y la Superintendencia de valores, se unifiquen, fundiéndose en una sola Superintendencia la cual estaría adscrita al Banco Central de Reserva, entonces esto les facilitaría para tener mas compenetrada la información de esas sociedades que se dedican a diferentes rubros, claro que ellos siempre tendrán sus unidades

separadas, pero habrá mas fluidez de información y se les va a facilitar más el vigilar a un determinado emisor que se dedique a diferentes rubros.

¿Las facultades que otorga la Ley de Bancos a los Bancos obedecen al predominio del libre mercado en el Sistema Económico de El Salvador?

Si definitivamente; el sistema económico que actualmente rige a El Salvador es de tipo de libre mercado, entonces aquí lo que se procura o lo que se ha venido procurando es la mínima intervención del Estado sobre el mercado y que haga todo el trabajo la libre oferta y demanda, sin embargo hemos sido testigos todos de que esto ha conllevado también a problemas, porque la excesiva libertad que han tenido las empresas, ha permitido muchos desordenes y ha dado lugar a los oligopolios, practicas anticompetitivas, a la competencia desleal, estandarización de precios, entre otras cosas, o sea, lo que se esperaba que surgiera de una manera natural, lo de la oferta y la demanda, ha tenido también sus inconvenientes no solo en nuestro país, sino en todas las partes del mundo. Entonces ciertamente ese mercado que se tenía como la palacea del sistema, así como debía de funcionar el sistema económico, ha tenido sus fallas de mercado y cuyas consecuencias las ha tenido que pagar mayormente la población que tienen menores ingresos.

¿Cuáles son los aportes que brindaría la nueva Ley Tarjetas de Crédito?

Bueno, ésta Ley, por el solo hecho de que tengamos una ley, que va a regular el tema de Tarjetas de crédito es un paso bien importante, pues porque donde está el vacío, aquí se hacía piñata, en cambio ahora con la introducción de ésta ley, primero creo yo que las cosas que mas podemos

destacar son que ahora se va a establecer cual será el contenido mínimo de un contrato, entonces a usted ahora ya no le darán el trato de una forma, el otro de otra, habrá de alguna forma una estandarización sobre el contenido mínimo, entonces la gente sabrá lo que debe de contener su contrato no va haber engaños o que haya una ocultación de algunas cláusulas que le van a aplicar a usted, siempre tiene que ir todo determinado en el contrato.

También se va a prohibir la contratación indiscriminada por la misma política de introducción de tarjetas de crédito; a usted antes no le hacían un estudio para comprobar cual es su real capacidad de pago y esto tenía como consecuencia de sobregirar su capacidad de pago, por lo que es necesario hacerle un estudio para comprobar cual es su real nivel de deuda o de ingreso económico y esto va a permitir que la gente ahora no se sobre endeude.

También mucha gente se quejaba de las fechas de pago, por ejemplo mi fecha de pago de la tarjeta cae en domingo o en día feriado, por ende el pago no me aplicaban en ese día y no lo pude pagar ese día sino al siguientes y solo por eso ya me aplicaron un cargo en concepto de 5 dólares por mora y talvez lo que yo debía eran diez dólares, era una desproporción, entonces ahora se le va habilitar el siguiente día hábil para que usted pueda hacer el pago.

También se han contemplado sanciones por establecer cláusulas que no deberían de contener los contratos. La superintendencia del Sistema Financiero va a poder hacer un estudio de los contratos y autorizarlos, por ejemplo si ve que algo esta contrario no solo a la Ley de Tarjeta de Crédito, sino también a la Ley de Protección al Consumidor podrá advertirlo, y se va a suprimir.

Con respecto a las comisiones, se ha quedado establecido que no se le puede hacer al cliente ningún cargo, se le llame como se le llame, que no esté previsto en el contrato y que el cliente tendrá claridad sobre tasas de interés; las cláusulas no se podrán variar unilateralmente, solamente en virtud de que la otra parte le consulte al cliente, les van a consultar a los fiadores, en el caso que hayan fiadores, porque hoy en día hay muchas personas que se quejan por estar pagando lo que no deben, ahora les van a preguntar, porque a las personas les aumentan el límite de crédito, y el fiador firmó por una cantidad pero ahora como al deudor principal le subieron el límite, está obligado a pago de una cantidad más alta y tal vez no tiene capacidad de pago.

6.5 ENTREVISTA A REPRESENTANTE DE LA DEFENSORÍA DEL CONSUMIDOR

Licenciado Julio Osegueda. Coordinador de la Defensoría del Consumidor.

¿Cuál es la vía judicial y/o acción que se debe de iniciar ante la introducción de cláusulas abusivas?

Juicio Ordinario de Nulidad

¿Es posible alegar la nulidad de una cláusula por abusiva en la vía judicial?

Si, por la vía del objeto ilícito.

¿Conoce algún caso de Juicio por cláusulas abusivas?

Yo me acuerdo que en el 99 hubo una persona que dijo miren, esta cláusula que me quieren aplicar es objeto ilícito, no existía todavía la Ley de Protección al Consumidor, era aquella cláusula que uno renunciaba al derecho de apelar del decreto de embargo, esta es un antecedente judicial de una cláusula abusiva, pero eso fue en el 99, ya con la Ley vigente no hay.

¿Cree usted que una tutela judicial efectiva minimizaría la introducción de cláusulas abusivas?

No, porque son dos momentos procesales muy diferentes, la tutela judicial efectiva es cuando yo ya tengo un lío y yo llego a que me tutelen mis derechos, la cláusula abusiva se puede incluir en un contrato mucho antes de eso, en el momento que hay una contratación, entonces no tiene una relación de tiempo, son cosas bien diferentes.

¿Cual es su propuesta de solución ante la introducción de cláusulas abusivas en los contratos de Apertura de Crédito?

No te sabría decir, porque no todos los contratos tienen cláusulas abusivas.

¿Que opinión merece y cuales son los aportes que brindaría la nueva Ley de Tarjetas de Crédito?

No lo se, porque habría que ver como va a quedar realmente la Ley, así que no puedo dar una opinión.

6.6 ENTREVISTA A DOCENTE DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO Y PROCESAL DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Dr. Rutilio Antonio Díaz Martínez, Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona, Docente del Departamento de Derecho Privado y Procesal de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales en la Universidad de El Salvador.

¿Cuál es la vía judicial ó acción que se debe iniciar ante la introducción de cláusulas abusivas?

No existe una acción judicial por la cual pueda alegar la existencia de cláusulas abusivas, pero sí se encuentra la vía administrativa la cual se hace a través de la Defensoría del Consumidor en base a lo dispuesto a Ley de Protección al Consumidor la cual regula las cláusulas abusivas, a quien le corresponde determinar el carácter abusivo de las cláusulas es al tribunal sancionador.

¿Es posible alegar la nulidad de una cláusula por abusiva en la vía judicial?

No es posible, ya que para nulidad de un acto ó contrato es necesario que exista un vicio en el consentimiento, en estos contratos no existe ni mala fé, ni fuerza, ni dolo en la persona del acreditado.

¿Conoce algún caso de Juicio por cláusulas abusivas?

No tengo conocimiento de ningún caso.

¿Una acción minizaría la introducción de cláusulas abusivas?

No necesariamente, si existe jurisprudencia relativa a cláusulas abusivas, los jueces deben resolver bajo los criterios de la Sala que emitió aquel fallo por ser vinculantes para los demás jueces, ahora si existiese una acción propia probablemente lo que se lograra es que no se aplicara aquella cláusula a la persona que ejercito la acción pero en los demás contratos posiblemente puedan seguir.

¿Son suficientes la regulación y los mecanismos de control que existen actualmente referentes a cláusulas abusivas en los contratos de Apertura a Crédito?

No quiero dar una respuesta sobre esta interrogante porque desconozco el papel de la Defensoría sobre el tema de cláusulas abusivas.

¿Qué opinión merece y cuales son los aportes que brindaría la nueva ley de Tarjetas de Crédito?

No conozco la Ley, pero esta debería exigir a la Institución que corresponde, una revisión exhaustiva de los contratos por los que se emiten tarjetas de crédito para verificar el alcance de sus cláusulas, en razón de la legitimidad de la entidad financiera, así por ejemplo a que corresponden los cobros de las diferentes comisiones y si todas deberían cobrarse.

6.7 ANÁLISIS A LAS ENTREVISTAS

Antes de pasar a realizar el análisis de las respuestas dadas por los entrevistados, es de aclarar que cuando fueron realizadas dichas entrevistas, todavía no se había aprobado la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito, por lo que las preguntas que se realizaron sobre éste tema fueron formuladas de ésta manera, pero a continuación analizaremos las respuestas a la Luz de la ley vigente de Tarjetas de Crédito y así poder tener claro los aportes de la mencionada Ley, a la problemática en estudio.

El representante de la Superintendencia del Sistema Financiero referente a la interrogante: ¿En el Contrato de Apertura de Crédito por medio del cual se emite la Tarjeta de Crédito se introducen cláusulas abusivas?, niega la existencia de cláusulas abusivas en los contratos de apertura a crédito, su respuesta se basa en que la Superintendencia se encarga de revisar cuidadosamente cada una de las cláusulas, pues de haberlas sugieren a los Bancos principalmente que las eliminen o reformulen, aun así no niega que estas puedan existir pero no dentro del contrato de apertura a crédito que ellos revisan, sino como un documento aparte o anexo que se le haga firmar al acreditado, en todo caso sería muy difícil por el trabajo que desarrollan en conjunto con la Defensoría del Consumidor.

Por otra parte la asesora jurídica del grupo parlamentario del FMLN, manifiesta que si las hay, y esto se puede verificar en la cantidad de denuncias por parte de los usuarios de tarjeta de crédito recibidas en la Defensoría del Consumidor, pero agrega un elemento y es que no son únicamente las cláusulas las que crean problemas a los usuarios sino también las prácticas abusivas, que aunque no forman parte del contrato

pueden ser consecuencia de el o ser realizadas por los emisores en perjuicio de los usuarios.

La realidad es que la Superintendencia antes de la Aprobación de la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito, solamente revisaba el Contrato de Apertura de Crédito, es decir, tal y como se regula en el Código de Comercio, pero al no existir regulación sobre el reconocimiento de un Contrato de Tarjeta de Crédito, las demás cláusulas eran estipulaciones especiales en cuanto a un medio específico de utilizar el crédito concedido, y al no existir una enumeración de las cláusulas que debía de integrar éste contrato, la Superintendencia solamente revisaba las de Apertura de Crédito, porque no había una Ley que les facultara estar revisando las estipulaciones que libremente podían realizar los Bancos. De igual manera actuaba la Defensoría del Consumidor. La Asesora Jurídica del grupo parlamentario del FMLN, por su parte manifiesta que si se están incorporando éste tipo de cláusulas a los Contratos, y siendo ella una de las personas que participó en la configuración de la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito, conoce más la problemática que se vive actualmente con dichas Tarjetas y los abusos de parte de los emisores, y que sufren los tarjetahabientes, por lo que queda comprobado que ciertamente se introducen cláusulas abusivas en los Contratos de Apertura de Crédito.

Ante la problemática de la inclusión de cláusulas abusivas a los Contratos de Apertura de Crédito³⁷¹, la Ley aprobada no establece nada sobre cláusulas abusivas, lo cual indica que sigue quedando a facultad de la

³⁷¹ El Art. 6 de la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito establece que la emisión de Tarjetas de Crédito se hará con base a un Contrato de Apertura de Crédito, lo que significa que en nuestro país no existe un contrato de Tarjeta de Crédito propiamente dicho, porque su emisión seguirá siendo por medio de un Contrato de Apertura de Crédito que regula el Código de Comercio Salvadoreño, solamente que se le agregarán las cláusulas relativas a la Tarjeta de Crédito.

Defensoría del Consumidor la dicha calificación, y regulándose en la Ley de Protección al Consumidor, lo único que establece la Ley, es una disposición relativa a cláusulas ineficaces, que por ministerio de Ley, no se aplicarán por carecer de efecto tal como lo establece el Art. 6 de dicha Ley:

“Sin necesidad de pronunciamiento judicial o administrativo, no producirán ningún efecto jurídico y por lo tanto, deberán entenderse como inexistentes las cláusulas siguientes:

- a) Las que dispongan la renuncia por parte del titular a cualquiera de los derechos que otorga la Constitución de la República, las leyes de la República y los tratados internacionales ratificados por El Salvador; y, las que impliquen exoneración de responsabilidad de cualquiera de las partes que intervengan directa o indirectamente en la relación contractual.
- b) Las que faculten al emisor o coemisor a modificar unilateralmente las condiciones del contrato.
- c) Las que impongan doble cargo por el mismo hecho generador, como por ejemplo imponer doble penalidad por mora, por gestión de cobro administrativo o extrajudicial en caso de mora y costas procesales.
- d) Las que impongan costos al tarjetahabiente por las gestiones que el emisor o coemisor lleve a cabo como medida de seguridad en caso de pérdida, sustracción o caducidad de la tarjeta.
- e) Las que comprometan al tarjetahabiente a la adquisición de otro bien o servicio, que no sea complementario al uso de la tarjeta de crédito.
- f) Las adicionales no autorizadas en el contrato modelo por la Superintendencia del Sistema Financiero, por la Superintendencia de

Obligaciones Mercantiles o por el Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo según corresponda³⁷²”.

Sobre la pregunta: ¿Cual es el mecanismo que controla la introducción de cláusulas abusivas?, el representante de la Superintendencia manifestó que es la revisión que junto con la Defensoría realizan del contrato, para aprobar o desaprobado su contenido y se haga uso de el en el mercado.

La asesor jurídico del grupo parlamentario del FMLN manifestó que es la defensoría del Consumidor que aunque no controlan su introducción si lo hacen en cuanto sus efectos como los cobros injustos, pero no existe un verdadero mecanismo de revisión de los contratos de apertura a crédito y de las cláusulas que se han o no de introducir.

En cuanto a la efectividad de la supervisión del Estado mediante la Superintendencia del Sistema Financiero sobre la actividad bancaria, el representante de la Superintendencia del Sistema Financiero lo considero efectivo, pues al existir la anomalía ellos como Superintendencia advierten que no debe ser así. Por su parte la asesor jurídico del grupo parlamentario del FMLN manifestó que pese a su regulación en la Ley en la práctica no se realizaba, y esta es una situación que se implementaría en la Ley de Tarjetas de Crédito, es decir que exista un proceso legitimador por el cual se autorice hacer uso de los contratos por los que se emitiría la tarjeta de crédito.

³⁷² Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito, Decreto Legislativo número 181, del 12 de noviembre de 2009
(pendiente fecha de publicación)

El representante de la Superintendencia del Sistema Financiero considero efectiva la regulación que existe actualmente en materia de cláusulas abusivas, se cuenta en la actualidad con la Ley de Protección al consumidor que con nuevos aportes se puede mejorar, y también la Ley de Bancos en cuanto se trata de una de sus operaciones la emisión de tarjetas de crédito.

La asesor jurídico del grupo parlamentario del FMLN, fue más objetiva en cuanto esta pregunta, manifestó que únicamente la Ley de Protección al Consumidor, y en su texto se encuentran enumeradas cuales deben considerarse como tales, y la Defensoría ha hecho un buen papel en el tema de cláusulas abusivas.

El representante de la Superintendencia del Sistema Financiero, opina que las libertades que poseen los Bancos en cuanto a la emisión de tarjetas de crédito, no es una libertad absoluta por ser una actividad regulada por la Ley de Bancos, pero reconoce que se introducen elementos tanto dificultosos para los intereses de la población.

La asesor jurídico del grupo parlamentario del FMLN por su parte manifestó que no desde el punto de vista que la Ley de Bancos no regula de especial forma la emisión de tarjetas de crédito, pero si desde el punto de vista que la misma ley los faculta para variar tasas de interés, pero en cuanto al sistema de tarjeta de crédito como tal no por no estar regulado en ella.

A la pregunta: ¿Las facultades que otorga la Ley de Bancos a los Bancos obedece al predominio del libre mercado en el Sistema Económico de El Salvador?, el representante de la Superintendencia del Sistema Financiero responde que sí , pues se pretende ser una sociedad avanzada,

pero que esto debe de ser siempre garantizando los intereses personales de los usuarios.

La asesor jurídico del grupo parlamentario del FMLN manifestó que si existe un predominio del libre mercado en nuestro sistema económico, y la intervención del Estado es mínima, y todo se controla bajo la oferta y la demanda, lo que ha permitido problemas en el mercado mismo como la competencia desleal.

El representante de la Superintendencia del Sistema Financiero considera que la nueva Ley de Tarjetas de Crédito abonaría a los esfuerzos hechos hasta el momento por la Superintendencia del Sistema Financiero y por la Defensoría del Consumidor, ayudando con aspectos como la supervisión, y prevención conjunta, como así también garantías de seguridad para los usuarios.

La asesor jurídico del grupo parlamentario del FMLN considera muy positivo la aprobación de una Ley de Tarjetas de Crédito y manifiesta que es un gran paso porque la ley establece para los emisores condiciones que beneficiarían a los usuarios de tareas de crédito.

Las perspectivas de cada uno de estos entrevistados son diferentes casi en su totalidad, y solo en algunos puntos coinciden sus respuestas, por su parte el representante de la Superintendencia Sistema Financiero inclino sus respuestas al papel que juega la Superintendencia, y no duda en que ha sido muy bueno el trabajo realizado por ellos en cuanto al tema de cláusulas abusivas, y el gran apoyo o coordinación de otra institución como la Defensoría del Consumidor; sus respuestas señalan que la Superintendencia actúa cuando debe de hacerlo, y que es efectivo el papel que como entidad a

realizado, no cuestiona el mercado porque así es este y no se puede parar, por ende el papel de la Superintendencia ha carecido de verdadera participación en el tema de cláusulas abusivas en contratos como el de apertura a crédito. Es decir que le apuesta a que la Ley les daría mayores facultades de Supervisión, y de hecho la nueva Ley lo hace, porque establece que la Superintendencia del Sistema Financiero será la que fiscalizará el cumplimiento de la Ley de Tarjetas de Crédito propiamente a las entidades que según son las que están bajo su supervisión, así como de registrar y autorizar los contratos de Apertura de Crédito para la emisión de Tarjetas de Crédito, lo que implica que su facultad de revisión de los contratos ha sido reforzada y ampliada porque ahora ya se cuenta con un instrumento legal que legitime su actuación³⁷³.

Por su parte las respuestas de la asesor jurídico del grupo parlamentario del FMLN se enfocan en la necesidad de proteger a los usuarios, convirtiéndose en garantistas para ellos, aunque es de resaltar que sus opiniones son claras y precisas en cuanto al tema de cláusulas abusivas, considera esencialmente que en la practica se dan cláusulas abusivas y practicas abusivas, situación que se comprueba con las denuncias que recibe la Defensoría del Consumidor por tarjetas de crédito, a quien reconoce su gran papel por los resultados obtenidos, pues es un mecanismo efectivo mediante la herramienta de la Ley de Protección al Consumidor; reconoce la existencia de atribuciones únicas para los Bancos de las que nadie más goza, y que esto solo es muestra del libre mercado que impera en el país,

³⁷³ Art. 4 Inciso primero: “La fiscalización de los emisores, co emisores, administradores o gestores de tarjetas de crédito corresponderá a la Superintendencia del Sistema Financiera, cuando estos sean bancos, sociedades miembros de un conglomerado financiero, Bancos Cooperativos, Sociedades de Ahorro y Crédito, Federaciones de Bancos Cooperativos y otras sociedades que de conformidad a sus respectivas leyes estén sujetas a su supervisión, teniendo dicha Superintendencia la facultad de emitir las normas técnicas para facilitar la aplicación de esta Ley”. Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito.

por ultimo señala la necesidad de contar con una ley de tarjetas de crédito, pues mediante ella se frenaran muchos de los abusos que los usuarios de tarjetas de crédito reciben por parte de los emisores, y tal como ella lo dijo, la Ley de Tarjetas de Crédito que ha sido aprobada está enfocada precisamente a eso, a evitar las prácticas abusivas que hacían los emisores de Tarjeta, en cuanto a comisiones, la Ley establece que solamente se cobrarán los que se encuentren determinados en los contratos³⁷⁴.

Otra entrevista se elaboro a un representante de la Defensoría del Consumidor y a un docente del Departamento de Derecho Privado y Procesal de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Las respuestas dadas por el coordinador de la Defensoría del consumidor dejan como resultado la visión que la Defensoría del Consumidor tiene respecto al tema de cláusulas abusivas, el cual se puede catalogar no necesariamente excelente, pero bueno en cuanto a los resultados que se obtienen a través de la mediación que a través de esta institución se efectúa, así manifiesta que la acción judicial contra la introducción de cláusulas abusivas es la del juicio ordinario de nulidad, por considerarse la misma objeto ilícito dentro del contrato, y únicamente conoce sin ser preciso una resolución sin manifestar de que tribunal o Sala se pronuncio sobre el uso de cláusulas abusivas en los contratos por el año 1999; asimismo manifiesta que la tutela judicial solo vendría ser la vía para la solución de un determinado problema en relación a alguna cláusula abusiva, pero no la problemática como tal, además agrego que no en todos los contratos aparecen cláusulas abusivas, y no se atrevió a dar su opinión respecto de la propuesta de ley de tarjetas de crédito porque

³⁷⁴ Art. 16 Inciso primero: “El emisor o co emisor no podrá fijar o aplicar comisiones que no hayan sido pactadas mediante el contrato con el titular, excepto aquellas que el titular acepte y comunique por escrito”. Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito.

considera lo mas apropiado es esperar a que esta sea aprobada por la Asamblea Legislativa para verter su opinión.

Por su parte el catedrático de la Facultad de Jurisprudencia vertió sus opiniones respecto de las mismas preguntas, así niega la existencia actual de una acción especial contra la introducción de cláusulas abusivas y la vía que se debe agotar es la administrativa la cual se hace en la defensoría del Consumidor; niega la posibilidad de alegar la nulidad de cláusulas abusivas en el contrato de apertura a crédito en primer lugar porque las nulidades están expresamente enumeradas en la ley y además porque para que exista nulidad es necesario que el consentimiento este viciado y esta situación no se da. Desconoce de algún proceso que se haya ventilado por la acción de cláusulas abusivas, y cree que además de existir una acción para frenar el uso de cláusulas abusivas existen elementos como la jurisprudencia a la cual todos los jueces son vinculados, y en base a ella declarar o no el carácter abusivo de una cláusula, omitió dar su respuesta sobre el mecanismo de control por desconocerlos, y a pesar de desconocer el proyecto de ley considera que en esta debería introducirse un apartado en el que a la Institución que corresponde autorizar los contratos verifique la existencia de cláusulas abusivas.

Nosotros estamos de acuerdo con lo expresado por el Catedrático de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, en cuanto a que actualmente no existe una acción judicial para invocar la nulidad de una cláusula por abusiva, y no creemos que pueda ser por medio del juicio de nulidad, por adolecer el contrato de objeto ilícito y esto porque el Código Civil Salvadoreño establece cuando se está en presencia de un objeto ilícito:

“Art. 1335.- Hay un objeto ilícito en la enajenación:

1º De las cosas que no están en el comercio;

2º De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona;

3º Lo hay también en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial, o cuya propiedad se litiga, a menos que preceda autorización judicial o el consentimiento de las partes; pero aun sin estas condiciones, no podrá alegarse lo ilícito del objeto contra terceros de buena fe, tratándose de bienes raíces, si la litis o el embargo no se hubieren anotado con anterioridad a la enajenación”.

“**Art. 1337.-** Hay asimismo objeto ilícito en las deudas contraídas en juegos de azar, en la venta de libros cuya circulación es prohibida por autoridad competente, de láminas, pinturas y estatuas obscenas, y de impresos condenados como abusivos de la libertad de la prensa; y generalmente en todo contrato prohibido por las leyes”.

Conociendo cuando estamos en presencia de objeto ilícito, no se puede decir que una cláusula abusiva es objeto ilícito por lo que dicha vía no se puede invocar para tal efecto.

CAPITULO SIETE

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

SUMARIO: 7.1 Exordio, 7.2 Conclusiones, 7.3 Recomendaciones.

7.2 CONCLUSIONES

1. La institucionalidad del Sistema Financiero, respecto de cada una de las entidades fiscalizadas y vigiladas por su respectiva Superintendencia, es el mecanismo por medio del cual se da el desarrollo de la economía nacional de una forma ágil y solvente.
2. La Superintendencia del Sistema Financiero como organismo técnico cumple de manera eficiente su papel vigilante enfocado en la prevención de riesgos y mantenimiento de una economía equilibrada y desarrollada; vigilancia que realiza a las instituciones sujetas a su control, tales como: Conglomerados Financieros Autorizados, Oficinas de Información de entidades extranjeras sin autorización para captar depósitos del público, Entidades autorizadas para operar como Sociedades de Seguros y Fianzas, Bancos Cooperativos y Sociedades de Ahorro y Crédito, Entidades del Sistema de Garantía Recíproca, Instituciones Públicas de Crédito, Entidades Autorizadas para operar como Casa de Cambio, Entidades en proceso de disolución y liquidación, Entidades Autorizadas para captar depósitos del Público.

3. Dentro del Sistema Financiero los servicios más solicitados son los que ofrecen las entidades bancarias, que cumplen una función primordial de Intermediación financiera, pues se trasladan recursos de las áreas donde existe excedente a aquellas deficitarias.
4. Las operaciones bancarias se constituyen a partir de la relación que se establece entre el banco actuando de manera profesional y los clientes; estas diversas operaciones que realiza el banco pueden clasificarse en activas, pasivas y neutras.
5. La Apertura de Crédito Rotativa es un contrato por medio del cual el Banco pone a disposición de su cliente una cantidad de dinero que puede utilizar como crea conveniente, y que a diferencia del mutuo ó préstamo, el dinero no pasa a la propiedad del cliente sino que permanece en la del banco, pero que se encuentra a disposición del cliente, quien al utilizarlo debe pagar los intereses por la suma de dinero utilizada y a rembolsar el capital.
6. La emisión de la tarjeta de crédito es una operación accesoria debido a que nace y depende de la celebración de un contrato de Apertura de crédito Rotativa, siendo la tarjeta de crédito un instrumento a través del cual se utiliza el crédito otorgado por la entidad bancaria.
7. Los contratos de adhesión que se utilizan en la celebración de un contrato de Apertura de Crédito son necesarios en la actividad bancaria, ante la masiva demanda que de sus servicios requieren los usuarios, a su vez permite agilizar sus actividades lo cual no podría ser posible si el Banco redactase un contrato por cada persona que

solicite cuales quiera de sus servicios, sus políticas y el mercado exigen de una atención ágil.

8. El Contrato de Apertura de Crédito, por medio del cual se emite la Tarjeta de Crédito es revisado por la Superintendencia del Sistema Financiero juntamente con la Defensoría del Consumidor, sin embargo, ciertamente se puede encontrar que se introducen cláusulas abusivas y algunas eventualmente pueden devenir cuando el contrato se ejecute en prácticas abusivas por parte de las entidades bancarias.
9. La Ley de Protección al Consumidor como la Defensoría del Consumidor pese a ser una ley e institución respectivamente de orden administrativo dan grandes resultados en beneficio de los consumidores, y en cuanto al tema de cláusulas abusivas es positivo que el legislador las haya incluido dentro de la ley, a su vez que deja abierta la posibilidad de que puedan existir más cláusulas abusivas que no sean las enumeradas por la ley; y además que exista una institución capaz de sancionar la inclusión de ese tipo de cláusulas en los contratos.
10. A pesar que aún es muy pronto para medir el grado de efectividad que tendrá la Ley del Sistema de Tarjeta de Crédito, es un avance el hecho de haberse aprobado y que regule todo el sistema que opera alrededor de la Tarjeta de Crédito teniendo un marco legitimador para la actuación de los entes Supervisores..
11. La Ley de Sistema de Tarjeta de Crédito no hace referencia a un apartado sobre cláusulas Abusivas que puedan ser eventualmente incorporadas en el Contrato de Tarjeta de Crédito, solamente se ha

regulado las cláusulas que tendrán el carácter de ineficaces cuando se incluyan en el contrato en mención.

12. El tema de las tasas de interés fue el mas discutido por parte de los diferentes sectores que participaron en la configuración de la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito, el cual antes de la aprobación de la Ley establecía un techo debido a la prevalecencia del libre mercado sobre el Estado, se dejo de establecer el techo en materia de tasas de interés.

7.3 RECOMENDACIONES

1. La institucionalidad del Sistema Financiero debe establecer Directrices generales que permitan una mejor comunicación entre los entes vigilantes (Superintendencias); unificando criterios en cuanto a la fiscalización y vigilancia del cumplimiento de las disposiciones aplicables a las instituciones sujetas al control de cada una de ellas, con el objeto de lograr mayor desarrollo económico.
2. Siendo un gran número de personas las que utilizan los servicios bancarios es de vital importancia que el Estado a través de la Superintendencia del Sistema Financiero además de ejercer una vigilancia preventiva de riesgos y mantenimiento de una economía equilibrada y desarrollada, ejerza una vigilancia especializada, es decir ejerza un mayor control en las operaciones de los bancos y sus relaciones con los clientes, además debe fortalecer su régimen sancionatorio, en cuanto a no imponer únicamente sanciones

económicas, sino también de otra índole como resarcimiento de los daños.

3. Las entidades bancarias deben contribuir al desarrollo económico de un país considerando que su función primordial no es únicamente la obtención de utilidades sino que la intermediación en el crédito.
4. Los bancos deben actuar de buena fe respecto a las operaciones activas, que son las que adquieren mayor trascendencia dentro de la función de intermediación financiera, y especialmente en la Apertura de Crédito, porque el usuario se adhiere a las condiciones impuesta, existiendo un desequilibrio en la relación jurídica que establecen.
5. Siendo que el dinero que se encuentra a disposición del cliente en la Tarjeta de Crédito no es de su propiedad sino de la del Banco, los usuarios de la tarjeta de crédito deben hacer su correcta utilización, porque no es dinero adicional que poseen, sino que al utilizarlo deben pagar los intereses correspondientes y rembolsar el capital en las condiciones convenidas.
6. Las entidades emisoras y co-emisoras de tarjetas de crédito deben asesorar de forma especial a las personas que deseen adquirir una tarjeta de crédito, desde el contrato en que se celebra y los efectos de este, en especial en materia de crédito, para que las actividades de emisión y utilización a través de las relaciones que surgen entre los sujetos participantes en el sistema se desarrollen con orden y transparencia.

7. Los Bancos al elaborar los contratos de adhesión deben establecer que todas las cláusulas y condiciones incluidas en ellos se encuentren claramente determinadas y no dejen espacios para actuar de forma unilateral perjudicando al usuario.
8. La Defensoría del Consumidor debe establecer las cláusulas que se consideran abusivas, de manera específica sin subjetivismos, elaborando parámetros o lineamientos que puedan ser fácilmente aplicados por las instituciones que se dedican a revisar los contratos que utilizan los Bancos, tomando como ejemplo la legislación internacional como es el caso de España, que cuenta con una Ley de Condiciones Generales de Contratación.
9. Además de una vía administrativa en la Defensoría del Consumidor, se debe dotar a los consumidores de una acción específica de cláusulas abusivas en los Contratos por lo que se obtienen Tarjetas de Crédito, que pueda ejercerse una vía judicial concreta, a efecto de que otorgue la facultad al juez de aplicarla y resolver de acuerdo a las presunciones de la buena fe.
10. La normativa recién aprobada debe de estar en continua revisión para garantizar su efectividad, adaptándola a los cambios que se den en el transcurso del tiempo y a las necesidades del momento, recomendaríamos que esto se haga en periodos no mayores de un año.
11. Debe de incorporarse un apartado relativo a Cláusulas Abusivas dentro de la Ley de Sistema de Tarjeta de Crédito, dándole el carácter de ineficaces si se incorporan en el Contrato de Tarjeta de Crédito,

para que exista mayor protección y seguridad jurídica al tarjetahabiente.

12. Los sectores que intervinieron en la configuración de la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito continúen analizando la necesidad de establecer un techo en materia de tasas de interés para que lleguen a un acuerdo sobre el mismo, para crear certeza jurídica en la población, como sucede en el caso de específico de Argetina.

BIBLIOGRAFIA

Libros

ACOSTA ROMERO, Miguel, *“Nuevo Derecho Bancario, Panorama del Sistema Financiero Mexicano”*, Séptima Edición, Editorial Porrúa, México, 1998.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y otro, *“Las Fuentes de las Obligaciones en Particular, Curso de Derecho Civil”*, Tomo IV, Editorial Nascimento. Santiago de Chile, Chile, 1942.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y otro, *“Las Fuentes de las Obligaciones en General, Curso de Derecho Civil”*, Tomo III, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, Chile, 1942.

DELGADO B, Aquiles Antonio, *“Derecho Bancario Salvadoreño”*, Artes Gráficas Publicitarias, San Salvador, 2007.

GARBIER, Eduardo y otros. *“Contratos Civiles y Comerciales”*. Tomo 2. Quinta edición. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina. 2002.

LARA VELADO, Roberto, *“Introducción al Estudio del Derecho Mercantil”*, Segunda Edición, Editorial Universitaria de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 1972.

MUGUILLO, Roberto A., *“Tarjeta de Crédito”*, Tercera Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, *“Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico”*, Quinta Edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1998.

RIPERT, Georges, *“La Regla Moral en las obligaciones Civiles”*, Bogotá Colombia, 1946

RIVERA CASTRO, Manuel, *“Diccionario de Conceptos y Términos Bancarios, una visión de la nueva Banca”*, Editorial LIS, San Salvador, El Salvador, año 2005.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, *“Contratos Bancarios, su significación en América Latina”*, Biblioteca FELABAN –INTAL, Primera Edición, 1994.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquin, *“Curso de Derecho Mercantil”*, Tomo II, Sexta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México D.F., 1966.

VALENCIA ZEA, Arturo, *“Derecho Civil Tomo I Parte General y Personas”*, Temis, Bogotá, 1981

VILLEGAS, Carlos Gilberto, *“El Crédito Bancario”*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988.

WAYAR, Ernesto C., *“Tarjeta de Crédito y Defensa del Usuario”*, Editorial Astrea, Buenos Aires, segunda edición, año 2004.

Tesis

SALAZAR CH., Mariano Hector, *“La Apertura de Crédito”*, Tesis UES, San Salvador, El Salvador. 1968.

URQUILLA, Carlos Humberto, *“El Sistema Financiero, su marco legal regulatorio y la Responsabilidad de los Funcionarios Públicos encargados de su control y supervisión”*, Universidad Tecnológica de El Salvador, Primera Edición, San Salvador, 1998.

Diccionarios

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *“Diccionario Jurídico Elemental”*, Editorial Heliasta, Argentina. 1998.

ORTIZ SÁNCHEZ Mónica y otro. *“Léxico Jurídico para Estudiantes”*. Editorial Tecnos, Madrid, España., Año 2002.

OSSORIO, Manuel, *“Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”*, 29 Edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2004.

Boletines, Periódicos y Publicaciones

Defensoría del Consumidor, *“Política Nacional de Protección al Consumidor”*, Octubre del 2006.

Defensoría del Consumidor, *“Noticonsumo”*, Boletín mensual, Edición numero 3, Abril 2009.

Defensoría del Consumidor, *“Noticonsumo”*, Boletín mensual, Edición numero 2, Febrero 2009.

Derecho Mercantil *“Los títulos valores”* serie de recopilación de separatas, año 2009.

EL DIARIO DE HOY, *“Tasas de interés, Comisiones, Recargos y Cargos por cuentas de terceros”*, publicación de fecha 15 de agosto de 2009.

Superintendencia del Sistema Financiero, *“Glosario para el usuario de servicios bancarios”*, Boletín, año 2009.

Leyes y Anteproyectos

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, Decreto Constitucional, sin número, del 15 de diciembre de 1983, publicado en Diario Oficial No. 234,, Tomo No. 281, del 16 diciembre de 1983.

CÓDIGO CIVIL, Decreto Ley, Sin número, de fecha 23 de agosto de 1859. Gaceta Oficial No. 85, Tomo 8, de fecha 14 de abril de 1860.

CODIGO DE COMERCIO, Decreto Legislativo No. 671, de fecha 8 de mayo de 1970, publicado en el Diario Oficial No. 140, Tomo 228 de fecha 31 de julio de 1970.

LEY DE BANCOS, Decreto Legislativo No. 697, de fecha 2 de septiembre de 1999, publicado en el Diario Oficial No. 181, Tomo 344 de fecha 30 de septiembre de 1999.

LEY ORGÁNICA DE LA SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO, Decreto Legislativo No. 628, de fecha 22 de noviembre de 1990, publicado en el Diario Oficial No. 278, Tomo 309 de fecha 10 de diciembre de 1990.

LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, Decreto Legislativo No. 776, de fecha 31 de agosto de 2005, publicado en el Diario Oficial No. 166, Tomo 368 de fecha 8 de septiembre de 2005.

LEY ORGÁNICA DE LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES, Decreto Legislativo N° 806 de Fecha 11/09/1996, publicado en el Diario Oficial N° 186, Tomo 333 de fecha 04/10/1996.

LEY DEL MERCADO DE VALORES, Decreto Legislativo N° 809, de Fecha 16/02/1994, Publicado en el Diario Oficial N° 73, Tomo 323 de fecha 21/04/1994.

LEY DE BANCOS COOPERATIVOS Y SOCIEDADES DE AHORRO Y CRÉDITO, Decreto Legislativo No. 849, de fecha 16 de febrero de 2000, publicado en el Diario Oficial No. 65, Tomo 346 de fecha 31 de marzo de 2000.

LEY DEL SISTEMA DE GARANTÍAS RECÍPROCAS PARA LA MICRO, PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, Decreto Legislativo N° 553, del 20 de septiembre del 2001, publicado en el Diario Oficial N° 199, Tomo 353, del 22 de octubre del 2001.

LEY DEL FONDO SOCIAL PARA LA VIVIENDA, Decreto Legislativo N° 328, de Fecha 17/05/1973, publicado en el Diario Oficial 104, Tomo 239 de fecha 06/06/1973.

LEY DEL FONDO NACIONAL DE VIVIENDA POPULAR, Decreto Legislativo N° 258 de fecha 28/05/1992, publicado en el Diario Oficial 104, Tomo 315 de fecha 08/06/1992.

LEY DE CREACIÓN DEL FONDO SOLIDARIO PARA LA FAMILIA MICROEMPRESARIA, Decreto Legislativo N° 627 de fecha 26/05/1999, publicado en el Diario Oficial N° 99, Tomo 343 de fecha 28/05/1999.

LEY DE CREACIÓN DEL BANCO MULTISECTORIAL DE INVERSIONES, Decreto Legislativo No. 856 de fecha 21 de abril de 1994, publicado en el Diario Oficial No. 98, Tomo 323 de fecha 27 de mayo de 1994.

LEY ORGÁNICA DEL BANCO CENTRAL DE RESERVA DE EL SALVADOR, Decreto Legislativo N° 746, del 22 de marzo de 1991, publicado en el Diario Oficial N° 80, Tomo 311, del 3 de mayo de 1991.

LEY DE CASAS DE CAMBIO Y DE MONEDA EXTRANJERA, Decreto Legislativo N° 480, del 5 de marzo de 1990, publicado en el Diario Oficial N° 86, Tomo 307, del 6 de abril de 1990.

LEY DE LA SUPERINTENDENCIA DE OBLIGACIONES MERCANTILES, Decreto Legislativo N° 825 de fecha 26/01/2000, publicado en el Diario Oficial N° 40, Tomo 346 de fecha 25/02/2000.

LEY DEL SISTEMA DE TARJETAS DE CREDITO, Decreto Legislativo No. 181, del 12 de noviembre de 2009.

REGLAMENTO DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, Decreto Ejecutivo No. 52, de fecha 12 de mayo de 2006, publicado en el Diario Oficial No. 88, Tomo 371 de fecha 16 de mayo de 2006

Norma aprobada por el Consejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero en la Sesión CD 82/99 del 2 de diciembre de 1999, entrando en vigencia el día 31 de enero del año 2000.

Ley 7/ 1998, de trece de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación, España, año 1998.

Ley 25.065 de TARJETAS DE CREDITO de la Republica Argentina, Sancionada: Diciembre 7 de 1998, Promulgada Parcialmente: Enero 9 de 1999, B.O.: 14/01/99.

Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico de Venezuela, año 2004.

Paginas web

www.monografias.com/trabajos/tarjetacred/tarjetacred.shtml

www.docentes.unal.edu.co/.../LINEA%20JURISPRUDENCIAL

[www. Angelfire.com/de2/dro1/Concepto_de_Derecho_ Bancario. Pdf](http://www.Angelfire.com/de2/dro1/Concepto_de_Derecho_Bancario.Pdf)

<http://www.monografias.com/trabajos/sistfinanciero/sistfinanciero.shtml>

<http://www.spensiones.gob.sv/>

[www.ssf.gob.sv/frm_publicaciones/pub_articulos_origenes. htm](http://www.ssf.gob.sv/frm_publicaciones/pub_articulos_origenes.htm)

<http://www.fosaffi.gob.sv/>

http://www.minec.gob.sv/organigrama/CORSAIN_11_10_07.htm

http://es.wikipedia.org/wiki/Banco_Interamericano_de_Desarrollo

<http://www.defensoria.gob.sv>

<http://www.defensoria.gob.sv/prensa/2009/08/n090826.html>

<http://archive.laprensa.com.sv/20070607/nacion/796899.asp>

www.consumo-inc.es/Publicac/EC/2000/EC54/Ec54_06.pdf

http://es.wikipedia.org/wiki/Condiciones_generales_de_la_contrataci%C3%B3n

http://www.biztree.com/es/?cm_source=go

ANEXOS

ANEXO 1

LEY DEL SISTEMA DE TARJETAS DE CRÉDITO

Decreto Legislativo No. 181, del 12 de noviembre de 2009

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR,
CONSIDERANDO:

I. Que el artículo 101, de la Constitución, establece que el orden económico debe responder esencialmente a principios de justicia social, que tiendan a asegurar a todos los habitantes del país una existencia digna del ser humano; además establece que al Estado salvadoreño le corresponde promover el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción, la productividad y la racional utilización de los recursos, así como fomentar los diversos sectores de la producción y defender el interés de los consumidores.

II. Que el artículo 102, inciso 1º de la Constitución garantiza la libertad económica, en lo que no se oponga al interés social.

III. Que el monto de las operaciones que se realizan a través de las tarjetas de crédito y el número de personas que utiliza esta forma de pago son significativamente crecientes, siendo de gran importancia en el desarrollo de las actividades económicas del país.

IV. Que es necesario fortalecer las competencias y otorgar herramientas legales a la Superintendencia del Sistema Financiero, Superintendencia de Obligaciones Mercantiles y al Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo para que puedan fiscalizar eficazmente las contrataciones y operaciones del sistema de tarjetas de crédito; así como a la Defensoría del Consumidor en la protección de los derechos de los consumidores; todo con miras a establecer un sistema justo y equitativo en donde se garantice la libre competencia en igualdad de condiciones y la transparencia del mercado que asegure las operaciones y el conocimiento de la forma en que opera el sistema a todas las partes involucradas en el mismo.

V. Que la contratación, emisión y operación del sistema de tarjetas de crédito, no se encuentran suficientemente reguladas por el derecho positivo salvadoreño, lo que fundamenta la creación de un cuerpo legal especializado en el que se definan los parámetros de las actividades de los emisores, coemisores, comercios o instituciones afiliadas y tarjeta habientes.

POR TANTO,

En uso de sus facultades constitucionales y a iniciativa de los Diputados y Diputadas: Shafik Jorge Handal (Q.E.P.D.) (Período Legislativo 2000-2003), Antonio Echeverría Veliz, Blanca Noemí Coto Estrada, Francisco Roberto

Lorenzana Durán, Ileana Rogel (Período Legislativo 2000-2003), Celina Monterrosa (Período Legislativo 2000-2003), Isolina de Marín (Período Legislativo 2000-2003), Jorge Villacorta (Período Legislativo 2000-2003), Noé González (Período Legislativo 2000-2003), José Salvador Arias Peñate (Período Legislativo 2006- 2009) y Jorge Jiménez (Período Legislativo 2003-2006). Y con el apoyo de los Diputados y Diputadas: Enrique Alberto Luis Valdés Soto, Elizardo González Lovo, Miguel Elias Ahues Karra, Inmar Rolando Reyes, Manuel Rigoberto Soto Lazo, Eduardo Enrique Barrientos Zepeda, Guadalupe Antonio Vásquez Martínez, José Serafín Orantes Rodríguez, Francisco José Zablah Safie, Douglas Leonardo Mejía Avilés, Segundo Alejandro Dagoberto Marroquín, Misael Mejía Mejía, José Margarito Nolasco Díaz, Santos Eduviges Crespo Chávez, Santos Adelmo Rivas Rivas, Ciro Cruz Zepeda Peña, Othon Sigfrido Reyes Morales, José Francisco Merino López, Cesar Humberto García Aguilera, Roberto José D'aubuisson Munguía, Sandra Marlene Salgado García, Irma Lourdes Palacios Vásquez, Karla Gicela Abrego Cáceres, Héctor Antonio Acevedo Moreno, Marta Lorena Araujo, José Orlando Arevalo Pineda, Ana Vilma Castro De Cabrera, Erick Ernesto Campos, José Vidal Carrillo Delgado, Darío Alejandro Chicas Argueta, José Alvaro Cornejo Mena, Norma Cristina Cornejo Amaya, Valentín Arístides Corpeño, Rosa Alma Cruz de Henríquez, Raúl Omar Cuéllar, Carmen Elena Calderón Sol de Escalón, Osmin López Escalante, José Rinaldo Garzona Villeda, Ricardo Bladimir González, José Armando Grande Peña, José Nelson Guardado Menjivar, Iris Marisol Guerra Henríquez, Santos Guevara Ramos, Jaime Ricardo Handal Samayoa, Jorge Schafik Handal Vega Silva, Juan Carlos Hernández Portillo, Rafael Antonio Jarquin Larios, Benito Antonio Lara Fernández, Hortensia Margarita López Quintana, Mildred Guadalupe Machado Argueta, Atilio Marín Orellana, Mario Marroquín Mejía, Guillermo Francisco Mata Bennett, Alexander Higinio Melchor López, Manuel Vicente Menjivar Esquivel, Erik Mira Bonilla, Edgar Alfonso Montoya Martínez, Rafael Ricardo Moran Tobar, Ana Virginia Morataya Gómez, Yeymi Elizabett Muñoz Moran, Rubén Orellana, Orestes Fredesman Ortez Andrade, Gaspar Armando Portillo Benítez, Zoila Beatriz Quijada Solís, Carlo René Retana Martínez, Javier Ernesto Reyes Palacios, Gilberto Rivera Mejía, Jackeline Noemí Rivera Avalos, Abilio Orestes Rodríguez Menjivar, Sonia Margarita Rodríguez Sigüenza, Mauricio Ernesto Rodríguez, Ana Silvia Romero Vargas, Marcos Francisco Salazar Umaña, Patricia María Salazar Mejía, Rodrigo Samayoa Rivas, Misael Serrano Chávez, Cesar Humberto Solórzano Dueñas, Karina Ivette Sosa de Lara, Mario Alberto Tenorio Guerrero, Jaime Gilberto Valdez Hernández, Patricia Elena Valdivieso de Gallardo, Ramón Arístides Valencia Arana, Donato Eugenio Vaquerano Rivas, Esdras Samuel Vargas Pérez, María Margarita Velado Puentes.

DECRETA, la siguiente:
LEY DEL SISTEMA DE TARJETAS DE CRÉDITO

CAPÍTULO I

Disposiciones Fundamentales
Objeto de la Ley

Art. 1.- La presente Ley establece el marco jurídico del sistema de tarjetas de crédito y consecuentemente regula las relaciones que se originan entre todos los participantes del sistema, así como de estos participantes con el Estado.

Se entenderá por sistema de tarjetas de crédito, al conjunto complejo y sistematizado de contratos individuales, cuya función principal consiste en servicios de administración de cuentas, de tarjetahabientes y comercios o instituciones afiliadas al sistema, a partir de un contrato de apertura de crédito; y su finalidad es posibilitar a los tarjetahabientes la realización de operaciones de compra de bienes y servicios en comercios o instituciones afiliadas al sistema o anticipo de dinero en efectivo en instituciones financieras y en dispensadores autorizados por el emisor; y que, los tarjetahabientes son responsables del pago al emisor, y éste a los adquirientes, quienes a su vez pagan a sus comercios o instituciones afiliadas, de acuerdo a los términos de los contratos, incluyendo los tipos de emisiones de tarjetas de crédito que limitan su uso a un solo comercio o institución afiliada.

Definiciones

Art. 2.- Para los fines de la presente Ley se entenderá por:

- a) Emisor: Es la entidad o institución que emite u opera en el país, tarjetas de crédito a favor de personas naturales o jurídicas.
- b) Coemisor, administrador o gestor de tarjeta de crédito: Persona jurídica que, en virtud de un contrato, efectúa la administración o gestión de las operaciones con tarjetas de crédito, quién podrá encargarse, por cuenta del emisor, de la colocación, contratación y cobro de las mismas.
- c) Titular de la tarjeta o tarjetahabiente: La persona natural o jurídica habilitada 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 el mismo.
- d) Titular adicional, o beneficiario de extensiones: Es la persona autorizada por el titular para realizar operaciones con tarjeta de crédito, a quien el emisor o coemisor le entrega un instrumento de similares características que al titular.
- e) Tarjeta de crédito: Es un medio o documento privado, firmado, nominativo e intransferible, resultante de un contrato de apertura de crédito que permite al titular o tarjetahabiente utilizarlo como medio de pago para adquirir bienes y servicios en comercios o instituciones afiliadas o retirar dinero en efectivo en instituciones financieras y en dispensadores autorizados por el emisor.
- f) Comercio o institución afiliada: Es el ente que en virtud del contrato celebrado con el Adquiriente, proporciona bienes y servicios o dinero en efectivo al tarjetahabiente aceptando percibir el importe de estos mediante el sistema de tarjeta de crédito.
- g) Adquiriente: Es la entidad que brinda el servicio de autorización y liquidación de operaciones a los comercios o instituciones afiliadas.
- h) Intereses: Precio que se cobra por ceder el uso del dinero.
- i) Comisión: Es la remuneración que paga el comercio afiliado por su participación en el sistema de tarjetas de crédito, en razón de los bienes y servicios o dinero en efectivo que proporciona al tarjetahabiente; así como

también, el importe que tratándose del tarjetahabiente, se cobra por un servicio adicional efectivamente prestado por el emisor y que no sea inherente al producto o servicio contratado por el cliente y deberá estar previamente pactado en los contratos de apertura de crédito.

j) Recargo: Es una sanción de carácter económico que aplican los emisores o coemisores a sus tarjetahabientes por incumplimiento de sus obligaciones contractuales. El cual deberá estar previamente pactado en el contrato de apertura de crédito para que sea conocido y aceptado por los tarjetahabientes.

k) Número de Cuenta o número interno de inscripción: Es el asignado a la cuenta principal del tarjetahabiente, pudiendo ser éste igual o diferente en la tarjeta de crédito, asegurando una mejor identificación de la tarjeta con el usuario.

l) Derechos colectivos: Aquéllos que son comunes a un conjunto determinado o determinable de tarjetahabientes, vinculados con un emisor o coemisor por una relación contractual.

m) Derechos difusos: Aquéllos en los que se busca la defensa de un conjunto indeterminado de tarjetahabientes afectados en sus intereses.

n) Tasa de interés efectiva: Costo anual total de financiamiento sobre el capital prestado, expresado en términos porcentuales anuales; que para fines informativos y de comparación, incorpora la totalidad de los cargos inherentes al financiamiento recibido. Incluye intereses, comisiones y recargos que el tarjetahabiente está obligado a pagar conforme al contrato.

o) Intereses Bonificables: Son los intereses generados desde la última fecha de corte a la fecha de corte actual, los cuales son dispensados por el emisor o coemisor al pagarse el saldo de contado.

Autorización para emitir o coemitir tarjetas de crédito

Art. 3.- Los créditos al público a través de la emisión o coemisión de tarjetas de crédito se realizarán únicamente por personas jurídicas domiciliadas en el país, constituidas conforme a las leyes respectivas y personas jurídicas extranjeras en cuyo país de origen exista regulación y supervisión prudencial de conformidad a los usos internacionales y que además hayan suscrito convenios de entendimiento y cooperación entre los entes supervisores.

Para poder ofrecer al público aperturas de crédito a través del uso de tarjetas de crédito, los modelos de los contratos y las características que tendrá cada emisión, deberán ser depositados en la Superintendencia del Sistema Financiero, en la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles o en el Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo según corresponda, para su respectiva autorización y registro.

Entidades Fiscalizadoras

Art. 4.- La fiscalización de los emisores, coemisores, administradores o gestores de tarjetas de crédito corresponderá a la Superintendencia del Sistema Financiera, cuando estos sean bancos, sociedades miembros de un conglomerado financiero, Bancos Cooperativos, Sociedades de Ahorro y Crédito, Federaciones de Bancos Cooperativos y otras sociedades que de conformidad a sus respectivas leyes estén sujetas a su supervisión, teniendo

dicha Superintendencia la facultad de emitir las normas técnicas para facilitar la aplicación de esta Ley.

Corresponderá a la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles fiscalizar a las personas jurídicas sometidas a su vigilancia de conformidad a su Ley de creación, cuando éstas emitan, administren o gestionen tarjetas de crédito; y podrá dictar las normas técnicas necesarias para facilitar el cumplimiento de esta Ley.

Corresponderá al Instituto Salvadoreño de fomento Cooperativo fiscalizar a las Asociaciones Cooperativas de Ahorro y Préstamo cuando estén autorizadas para emitir, administrar o gestionar tarjetas de crédito; y podrá dictar las normas técnicas necesarias para facilitar el cumplimiento de esta Ley.

Los entes supervisores en el desarrollo de su labor de fiscalización y vigilancia de los emisores o coemisores de tarjetas de crédito, en el ámbito de su competencia, deberán informar a la Defensoría del Consumidor sobre los hechos que a ésta le corresponda conocer conforme a su Ley de creación. De igual manera la Defensoría del Consumidor, cuando sea pertinente, deberá informar a la Superintendencia respectiva.

CAPÍTULO II

De la tarjeta de crédito y del contrato de apertura de crédito

Contenido de la tarjeta de crédito

Art. 5.- Las tarjetas de crédito titular y adicional se emitirán a nombre de una persona natural o de una persona jurídica, con carácter intransferible y deberán contener la siguiente información mínima:

- a) Nombre y firma cuando el titular sea persona natural.
- b) Razón o denominación social cuando el titular sea persona jurídica. En este caso deberá adicionarse el nombre y firma de la persona natural autorizada para su uso.
- c) Marca de la tarjeta.
- d) Fecha de emisión y vencimiento.
- e) Denominación de la institución emisora, coemisora o ambas de la tarjeta de crédito.
- f) Numeración codificada de la tarjeta de crédito.
- g) Número de cuenta o número interno de inscripción.

También se podrá incluir códigos, claves y demás características técnicas que permitan su adecuada utilización, cuando operen con cajeros automáticos u otros dispositivos electrónicos. Es responsabilidad del titular o de la persona natural autorizada firmar la tarjeta de crédito en el momento que la reciba.

Cláusulas del contrato de apertura de crédito

Art. 6.- La emisión de tarjetas de crédito, se hará con base a un contrato de apertura de crédito, mediante el cual, el emisor autoriza al tarjetahabiente la adquisición de los bienes y servicios, y en su caso, retiro de dinero en efectivo en los establecimientos autorizados por el emisor o coemisor, obligándose el acreditado a cancelar las cantidades a su cargo, de acuerdo a lo estipulado en

dicho contrato. El contrato debe contener como mínimo, cláusulas referidas a lo siguiente:

- a) Identificación de las partes contratantes.
- b) Objeto del contrato.
- c) Finalidad, disposición, ámbito geográfico de uso y límite del crédito.
- d) Plazo del contrato y del financiamiento.
- e) Determinación precisa y clara de la tasa de interés, así como, recargos y comisiones; o, la tasa de interés moratorio cuando así se aplicare.
- f) Forma de pago.
- g) Derechos y obligaciones de la entidad emisora y del tarjetahabiente.
- h) Reglas relativas a los estados de cuenta, incluyendo las reglas sobre la fecha de corte y la fecha de vencimiento de pago mensual.
- i) Cláusulas relativas a las tarjetas de crédito adicionales: emisión, límites, funcionamiento y responsabilidad.
- j) Manera de proceder en caso de robo, sustracción, pérdida o fraude de la tarjeta.
- k) Causales de terminación o caducidad del contrato.
- l) Solicitud de suspensión temporal del uso de la tarjeta o terminación del crédito por parte del tarjetahabiente.
- m) Solicitud de suspensión temporal por parte del emisor.
- n) Las demás establecidas en las leyes vigentes.

Condiciones para la elaboración de los contratos

Art. 7.- El contrato deberá reunir las siguientes condiciones:

- a) Ser redactado en idioma castellano.
- b) Redactarse claramente y con una sola tipografía fácilmente legible a simple vista, como mínimo en un tamaño de letra 10.
- c) El emisor deberá entregar tantas copias del contrato y sus anexos como partes intervengan en el mismo. El tarjetahabiente recibirá previamente las copias respectivas antes de celebrar el contrato.
- d) Los contratos que utilice el emisor o coemisor deberán ser los contratos modelos autorizados y depositados en la Superintendencia del Sistema Financiero, en la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles o en el Instituto Salvadoreño de fomento Cooperativo según corresponda.
- e) En ningún caso podrá contener remisiones a textos o documentos que no se entreguen al tarjetahabiente previa a la celebración del contrato.
- f) Todo seguro que el tarjetahabiente desee contratar, deberá cumplir con lo establecido en la Ley de Sociedades de Seguros y la Ley de Protección al Consumidor. Dicho seguro deberá cubrir totalmente las obligaciones y los daños ocasionados al tarjetahabiente de acuerdo a la cobertura contratada. El tarjetahabiente deberá recibir una copia del contrato del seguro adquirido en el momento de su suscripción.

Contratación indiscriminada

Art. 8.- Se prohíbe a los emisores o coemisores la contratación indiscriminada, es decir, sin que preceda un estudio de crédito de cada posible tarjetahabiente, que lo califique, atendiendo a su capacidad de pago. Lo mismo deberá ser aplicable previo al otorgamiento de extrafinanciamiento, incremento del límite

de crédito, refinanciamientos o reestructuraciones. El estudio en mención deberá quedar documentado.

La contravención a lo dispuesto en el presente artículo, será sancionada con el límite máximo de multa y en caso de reincidencia se procederá a la cancelación de la autorización para emitir o coemitir tarjetas de crédito, de conformidad al régimen sancionatorio y procedimiento de aplicación establecido en la presente Ley.

Firma del contrato y su modificación

Art. 9.- El contrato entre el emisor o coemisor y el titular se perfecciona mediante la firma del documento. La solicitud de la emisión de la tarjeta de crédito no genera responsabilidad alguna.

Los cambios en las condiciones contractuales que se deseen realizar después de la firma del contrato se deben notificar al titular y al fiador o codeudor en su caso, con cuarenta y cinco días de anticipación, a través del estado de cuenta, quienes tienen que expresar su aprobación en forma escrita, si son aceptadas las nuevas condiciones entrarán en vigencia treinta días después a partir de tal aceptación; en caso contrario se entenderán por no aceptadas.

En caso de no ser aceptados los cambios en las condiciones contractuales por alguno de ellos, se podrá dar por terminada la relación contractual y se procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 14 de esta Ley.

En todo caso, la tasa de interés no podrá modificarse durante los primeros seis meses del contrato, salvo que sea en beneficio del tarjetahabiente.

Las cláusulas del contrato no podrán variarse unilateralmente.

Compensación de deudas

Art. 10.- La entidad emisora o coemisora que además realice otras operaciones financieras con el tarjetahabiente, no podrá compensar las deudas de éste, con los fondos de esas operaciones, a menos que exista una autorización por escrito de parte del tarjetahabiente.

Tarjeta adicional

Art. 11.- Las tarjetas de crédito adicionales a la tarjeta principal, sólo podrán emitirse con la autorización por escrito de su titular, y su uso se regulará bajo las mismas condiciones del contrato original.

Los emisores o coemisores de tarjetas de crédito no podrán por ningún motivo bloquear las tarjetas principales o adicionales cuando se ha contratado el seguro, sin autorización previa del titular, salvo lo establecido en esta Ley. El emisor o coemisor deberá notificar al tarjetahabiente de cualquier operación irregular detectada.

Autorización de pago

Art. 12.- Las instituciones autorizadas para la emisión o coemisión de tarjetas de crédito debitarán a la cuenta del tarjetahabiente el importe de los bienes y servicios que adquiera y retiros en efectivo que realice utilizando la misma, conforme a las autorizaciones de pago que el tarjetahabiente suscriba o acepte por cualquier otro medio, así como los intereses, comisiones y recargos acordados en el contrato.

Certificación de saldo adeudado

Art. 13.- La certificación del saldo adeudado, extendida por el auditor externo de la institución emisora junto con el visto bueno del gerente de la misma, hará fe en juicio, salvo prueba en contrario, para la fijación del saldo a cargo del acreditado.

Queda prohibido el uso de títulos valores o documentos en blanco como medio para garantizar la obligación a cargo del titular.

Terminación de la relación contractual

Art. 14.- Por voluntad propia o por la causal definida en el artículo 9 de la presente Ley, el titular podrá solicitar la terminación de la relación contractual comunicando por escrito su voluntad al emisor o coemisor, en cuyo caso la entidad emisora o coemisora deberá en el acto acusar de recibo dicho documento y entregar una constancia del saldo de la cuenta a la fecha. Los efectos jurídicos provenientes del contrato en ese momento cesarán, siempre y cuando no exista saldo alguno pendiente de liquidar.

En el caso que exista saldo a cargo del titular, éste deberá cancelarse según lo convenido en el contrato o en cualquier otra forma que se haya pactado con el emisor o coemisor durante los plazos que faltaren para la terminación del contrato, por consiguiente, el emisor o coemisor quedará inhibido de hacer nuevos cargos por el uso de la tarjeta de crédito, salvo las operaciones en curso pendientes de aplicar. Dicha tarjeta de crédito quedará inhabilitada.

Una vez cancelado el saldo adeudado pendiente el emisor o coemisor entregará, a más tardar dentro de las veinticuatro horas siguientes, la cancelación de la tarjeta y el finiquito respectivo.

Cláusulas sin efecto legal

Art. 15.- Sin necesidad de pronunciamiento judicial o administrativo, no producirán ningún efecto jurídico y por lo tanto, deberán entenderse como inexistentes las cláusulas siguientes:

- a) Las que dispongan la renuncia por parte del titular a cualquiera de los derechos que otorga la Constitución de la República, las leyes de la República y los tratados internacionales ratificados por El Salvador; y, las que impliquen exoneración de responsabilidad de cualquiera de las partes que intervengan directa o indirectamente en la relación contractual.
- b) Las que faculten al emisor o coemisor a modificar unilateralmente las condiciones del contrato.

- c) Las que impongan doble cargo por el mismo hecho generador, como por ejemplo imponer doble penalidad por mora, por gestión de cobro administrativo o extrajudicial en caso de mora y costas procesales.
- d) Las que impongan costos al tarjetahabiente por las gestiones que el emisor o coemisor lleve a cabo como medida de seguridad en caso de pérdida, sustracción o caducidad de la tarjeta.
- e) Las que comprometan al tarjetahabiente a la adquisición de otro bien o servicio, que no sea complementario al uso de la tarjeta de crédito.
- f) Las adicionales no autorizadas en el contrato modelo por la Superintendencia del Sistema Financiero, por la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles o por el Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo según corresponda.

Comisiones

Art. 16.- El emisor o coemisor no podrá fijar o aplicar comisiones que no hayan sido pactadas mediante el contrato con el titular, excepto aquellas que el titular acepte y comunique por escrito.

No podrán establecerse comisiones discriminatorias, por tanto, las comisiones que cobre el emisor o coemisor para iguales condiciones, tipo de tarjeta y servicio prestado, tendrán el mismo valor para todos los tarjetahabientes.

El ente supervisor respectivo deberá supervisar y fiscalizar preventivamente el cumplimiento de este artículo, ya sea durante el proceso de depósito de los modelos de los contratos o cuando se desee realizar cambios en las condiciones contractuales.

Cobro de intereses pactados

Art. 17.- Los emisores o coemisores de tarjetas de crédito, deben cobrar a los tarjetahabientes sólo los intereses, comisiones y recargos que hubiesen sido pactados con el tarjetahabiente, en los términos y formas establecidos en el contrato, y conforme a la Ley. Los intereses serán calculados sobre el saldo de capital adeudado y no serán capitalizables en ninguna forma, ni podrán calcularse sobre comisiones ni recargos.

Condiciones de los intereses

Art. 18.- Las operaciones que puedan derivarse del uso de la tarjeta de crédito por parte del tarjetahabiente estarán sujetas a las siguientes condiciones:

- a) No se puede cobrar intereses que no hayan sido devengados.
- b) El cómputo de los intereses se hará a partir de la fecha en que el tarjetahabiente retire dinero en efectivo o adquiera los bienes o servicios en comercios o instituciones afiliadas al sistema; salvo disposición en contrario en beneficio del deudor. Si el tarjetahabiente pagare de contado dentro del plazo fijado en el estado de cuenta gozará de los intereses bonificables.
- c) Los intereses se aplicarán solamente sobre el saldo de capital adeudado.
- d) Las operaciones de extrafinanciamiento deberán cumplir con las condiciones establecidas en las normas de la Superintendencia del Sistema Financiero para préstamos personales y en base a lo contratado por el emisor o coemisor y el tarjetahabiente. No obstante lo establecido anteriormente, la cuota de pago del

extrafinanciamiento estará separada del pago de las operaciones normales generadas por el uso de la tarjeta.

e) Sólo procederá el sobregiro originado por la adquisición de bienes y servicios o retiro de dinero en efectivo por parte del tarjetahabiente y se le aplicará las condiciones de intereses, comisiones y recargos existentes para las operaciones normales dentro del límite establecido en el contrato.

Todo pago efectuado por el tarjetahabiente en el uso de la tarjeta de crédito, se imputará en la prelación siguiente: intereses, comisiones y recargos; el remanente, si lo hubiere, a capital.

Tasa de interés

Art. 19.- Los emisores o coemisores establecerán las tasas de interés efectivas.

Para el cálculo y determinación de las tasas de interés efectivas para tarjetas de crédito, será definida la metodología y los parámetros en norma técnica emitida por la Superintendencia del Sistema Financiero para tal efecto.

Los emisores o coemisores deberán comunicar al respectivo organismo de supervisión, la tasa máxima de interés efectiva por tipo de producto mensualmente y cada vez que se modifique; estas tasas de interés efectivas deberán ser publicadas con la periodicidad y en los momentos que el ente supervisor respectivo lo determine.

Los emisores o coemisores deberán incluir la tasa máxima de interés efectiva en la publicidad comercial de cada una de las tarjetas de crédito y en las publicaciones, en el mayor tamaño de tipo de letra que contenga la referida publicidad.

No se cobrarán intereses en los distintos productos de las tarjetas de crédito cuando la totalidad de las compras realizadas en el ciclo de facturación, sean pagadas antes de la siguiente fecha de pago establecida por el emisor o coemisor.

En todo caso, la tasa de interés no podrá modificarse durante los primeros seis meses del contrato.

Los entes supervisores estarán facultados para tomar medidas preventivas que eviten abusos que afecten a los tarjetahabientes.

Los emisores o coemisores estarán sujetos a lo previsto en la Ley de Protección al Consumidor, en la Ley de Competencia y en las demás leyes de la República.

Recargos

Art. 20.- Procederá el interés moratorio o recargo por incumplimiento de pago cuando no se abone el pago mínimo del estado de cuenta en la fecha de vencimiento de pago mensual. En ningún momento podrán aplicarse ambos. No procederán dos cobros por un mismo hecho generador.

Cuando se trate de intereses moratorios, éstos se calcularán solamente sobre el monto de capital de la cuota en mora, de acuerdo a los días en mora, y de conformidad a la tasa de interés moratoria publicada por el emisor o coemisor, no excediendo a la tasa de interés moratoria de los préstamos personales publicados por la Superintendencia del Sistema Financiero.

Cuando se cobre el recargo por incumplimiento de pago, el mismo se cobrará únicamente si el monto de la cuota en mora es igual o mayor a cinco dólares y el mismo se calculará en un porcentaje no mayor del cinco por ciento del pago mínimo del estado de cuenta correspondiente.

El emisor o coemisor establecerá un límite máximo al monto de recargo moratorio que publicará de conformidad con esta Ley. Cuando la fecha de vencimiento de pago mensual sea un día de cierre bancario, un día feriado, un día de asueto nacional, fines de semana, o que no existiere el sistema informático o la posibilidad para poder efectuar el pago, la fecha de pago se prorrogará al siguiente día hábil.

El emisor o coemisor no podrá realizar otros cobros relacionados con el hecho que generó el recargo.

Información al público

Art. 21.- El emisor o coemisor deben exhibir al público en sus establecimientos y publicidad: la tasa de interés nominal máxima, efectiva máxima, tasa de interés moratoria máxima, comisiones y recargos, aplicables a cada tipo de tarjetas que emitan.

Cómputo de los intereses

Art. 22.- El cómputo de los intereses se efectuará utilizando el método del interés simple sobre saldos diarios del capital adeudado durante el plazo establecido del crédito y a la tasa de interés vigente; utilizando como base el año calendario y considerando los días efectivamente transcurridos en cada operación realizada.

CAPÍTULO III

Del estado de cuenta

Envío del estado de cuenta

Art. 23.- La entidad emisora o coemisora deberá enviar o poner a disposición del titular, sin cargo alguno, un estado de cuenta actualizado a una fecha predeterminada de cada mes; con una anticipación mínima de quince días al vencimiento de su obligación de pago.

En el supuesto de la falta de recepción del estado de cuenta, el titular dispondrá, sin cargo alguno, de un medio de comunicación proporcionado por el emisor o coemisor que le permitirá obtener el saldo de la cuenta y el pago mínimo que pudiere realizar.

La copia del estado de cuenta se encontrará a disposición del titular sin costo alguno en las oficinas de la entidad emisora o coemisora de la tarjeta.

El emisor o coemisor deberá enviar el estado de cuenta a la dirección física o electrónica que indique el tarjetahabiente.

Contenido del estado de cuenta

Art. 24.- El estado de cuenta debe obligatoriamente contener como mínimo:

- a) Nombre y número que identifique la cuenta del tarjetahabiente.
- b) Identificación de la entidad emisora o coemisora.
- c) Fecha de corte del estado de cuenta.
- d) Saldo anterior, importes de las operaciones de abonos y cargos del período y saldo actual.
- e) Monto y fecha en que se realizó cada operación.
- f) Tasa de interés aplicada al período.
- g) Identificación del comercio afiliado, donde se realizó la operación.
- h) Fecha de vencimiento del pago, el monto del pago mínimo estimado y el plazo al vencimiento, indicando las cantidades destinadas a capital, intereses, comisiones y recargos.
- i) Límite autorizado y monto disponible del crédito.
- j) Los cargos y abonos del período, detallando los valores aplicados a capital, intereses, comisiones y recargos.
- k) Identificación de operaciones realizadas en moneda extranjera con designación del país de origen de la operación, así como el número de identificación de la orden de pago con que se autorizó la operación.
- l) Lugar y forma para efectuar el respectivo pago.
- m) Tasas de interés nominal, efectiva y moratoria aplicadas.

Impugnación del estado de cuenta

Art. 25.- El titular o tarjetahabiente puede cuestionar por escrito el estado de cuenta, dentro de un plazo no mayor de noventa días después de la fecha de corte, detallando claramente el error atribuido y aportando todo dato que sirva para esclarecerlo. El emisor o coemisor deberá otorgar un comprobante con la firma y nombre de la persona que recibe el escrito antes dicho y deberá asignar un número de reclamo, dejando constancia del día y hora de recepción; sin costo alguno.

Corrección de la operación

Art. 26.- El emisor o coemisor debe dentro de los treinta días siguientes a la recepción del reclamo, corregir e informar por escrito o por medio electrónico el error si lo hubiere, revirtiendo la operación correspondiente, o explicar claramente la exactitud del estado de cuenta, aportando copia de los comprobantes o fundamentos que avalen tal situación. En el caso que el error afecte derechos colectivos y/o difusos la reversión de la operación deberá aplicarse a todos los tarjetahabientes afectados, de conformidad con el procedimiento que haya sido aprobado por la entidad supervisora correspondiente.

El plazo de corrección se ampliará a ciento veinte días para las operaciones realizadas en el exterior.

Si el emisor o coemisor no resuelve el reclamo dentro del plazo señalado en el presente artículo, se considera que ha resuelto a favor del tarjetahabiente, debiendo corregir el error o revertir la operación, según sea el caso, en un plazo no mayor de diez días, contados a partir del día siguiente al vencimiento del plazo de resolución antes referido.

Obligaciones del emisor o coemisor

Art. 27.- Mientras dure el procedimiento de impugnación, el emisor o coemisor:

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 disponible de crédito establecido por el emisor o coemisor, o en los casos en que se presente una actividad fraudulenta, sospechosa o inusual o a petición del tarjetahabiente.

b) Podrá exigir el pago del mínimo correspondiente a los cargos no cuestionados de la liquidación.

c) No podrá cobrar los intereses, comisiones y recargos de las operaciones impugnadas por el tarjetahabiente mientras dure el procedimiento; quedando facultado para cobrarlos en caso de que el reclamo resultare improcedente.

d) Deberá indicar en el reporte que envía a las entidades especializadas en la prestación de servicios de información de crédito, el monto del saldo que se encuentra en proceso de reclamo y que no ha reconocido el tarjetahabiente.

Reintegro de pago

Art. 28.- El pago del mínimo que figura en el estado de cuenta o el pago del cargo objeto del reclamo, antes del plazo de impugnación o mientras se sustancia el mismo, no implica la aceptación del estado de cuenta presentado por el emisor o coemisor. En consecuencia el pago del monto objeto del reclamo, más sus intereses si los hubiere, deberá ser reintegrado al tarjetahabiente en el caso que el reclamo sea procedente.

Habilitación de la vía administrativa y judicial

Art. 29.- Terminado que fuese el anterior procedimiento sin que el titular estuviere conforme con el resultado, queda habilitada la vía administrativa y judicial, según corresponda.

Operaciones en moneda extranjera

Art. 30.- Cuando las operaciones del titular o sus autorizados se realicen en moneda extranjera, el titular efectuará sus pagos en la moneda de curso legal en el territorio de la República de El Salvador, al tipo de cambio de la moneda extranjera en la fecha en que se realizó la operación, sin que el emisor o coemisor pueda efectuar otros cargos.

CAPÍTULO IV

De las relaciones entre Adquiriente y el comercio afiliado

Contrato de afiliación

Art. 31.- La relación contractual que se origina entre el Adquiriente y el comercio afiliado está amparada bajo la figura del contrato de afiliación.

Se podrán fijar comisiones como consecuencia de los bienes y servicios o dinero en efectivo que el comercio afiliado proporcione al tarjetahabiente, las cuales serán remuneradas al Adquiriente. No se podrá aplicar comisiones que no hayan sido pactadas mediante el contrato de afiliación.

Inhabilitación de operaciones

Art. 32.- El adquiriente deberá disponer de los medios necesarios para inhabilitar las operaciones por suspensiones de tarjetas de crédito, sin importar la causa. La falta o falla de este medio no perjudicará al comercio afiliado.

Medios de consulta

Art. 33. Los adquirientes proveerán a los comercios afiliados de los medios de consulta necesarios que garanticen la seguridad de las operaciones.

Fijación de precios

Art. 34.- Los adquirientes no podrán limitar a los comercios afiliados de bienes o servicios, la libertad de éstos de fijar precios con descuentos o promociones entre ventas en efectivo y con tarjetas de crédito.

No obstante lo anterior, los Adquirientes procurarán dar un trato equitativo a los comercios afiliados sin imponer comisiones en detrimento de medianos y pequeños comercios afiliados.

Obligaciones de los comercios afiliados

Art. 35.- Son obligaciones de los comercios afiliados al sistema:

- a) Verificar la identidad del tarjetahabiente y consultar la habilitación de la tarjeta a través de los medios que para tal efecto han sido provistos por el adquiriente.
- b) Entregar al tarjetahabiente la copia del comprobante de la operación, excepto en las operaciones que no existe presencia física de la tarjeta.
- c) Entregar al adquiriente las órdenes de pago debidamente autorizadas por el tarjetahabiente cuando lo requiera.
- d) No aumentar el precio del bien o servicio por compras con la tarjeta de crédito, ni tampoco diferenciar estos bienes o servicios por compras en efectivo.

CAPÍTULO V

Infracciones, Sanciones y procedimientos para su imposición

Autoridades de aplicación

Art. 36.- Para los fines de aplicación de la presente Ley actuarán como autoridad la Superintendencia del Sistema Financiero, la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles y el Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo, según corresponda.

Principios de legalidad y culpabilidad

Art. 37.- Las infracciones a las disposiciones de la presente Ley, imputables a los emisores, coemisores y comercios afiliados, serán sancionadas administrativamente, en los casos y en la forma que se regula en los artículos del presente capítulo, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden en que puedan incurrir.

Serán sancionados por conductas constitutivas de infracción, los que resultaren responsables de las mismas, en razón de haberse determinado la existencia de dolo o culpa en la comisión de la infracción.

Clasificación de las infracciones

Art. 38.- Las infracciones a que se refiere esta Ley se clasifican en: leves, graves y muy graves.

Infracciones leves

Art. 39.- Son infracciones leves las acciones u omisiones siguientes:

- a) La utilización directa o por terceros contratados por el emisor o coemisores de medios injuriosos, difamatorios o trato abusivo, en perjuicio del tarjetahabiente, en la gestión de cobros.
- b) Hacer cargos al recibir del tarjetahabiente pagos anticipados.
- c) Engañar al tarjetahabiente por medio de promociones u ofertas dirigidas a su domicilio.
- d) Incumplir la obligación relativa a proporcionar el historial crediticio del tarjetahabiente cuando sea solicitado por éste.
- e) El incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 21 de la presente Ley.
- f) Incumplimiento de las obligaciones de los comercios afiliados que se establecen en la presente Ley.
- g) Cualquier infracción a la presente Ley que no se encuentre tipificada como infracción grave o muy grave.

Infracciones graves

Art. 40.- Son infracciones graves, las acciones u omisiones siguientes:

- a) Efectuar cobros indebidos, tales como cargos directos al tarjetahabiente a cuenta de bienes o servicios administrados o suministrados por el emisor o coemisor, cuando no hayan sido previamente autorizados o solicitados por el tarjetahabiente.
- b) El rechazo del uso de la tarjeta de crédito del tarjetahabiente por parte del comercio afiliado, por razones imputables a la relación de éste con el Adquiriente.
- c) El incumplimiento a cualquiera de las cláusulas de los contratos regulados por la presente Ley.
- d) El incumplimiento a lo dispuesto en los artículos 22, 23, 24, 33, 34 y 35 literal d), todos de la presente Ley.
- e) La reincidencia en infracciones leves.

Infracciones muy graves

Art. 41.- Son infracciones muy graves, las acciones u omisiones siguientes:

- a) El incumplimiento de la resolución de reversión de la operación o cargo incorrectamente efectuado, emitida por las autoridades facultadas para ello.
- b) Exigir al tarjetahabiente la firma de títulosvalores o documentos en blanco para garantizar las obligaciones del tarjetahabiente.
- c) Cobrar intereses, comisiones y recargos en contravención a las disposiciones de esta Ley.
- d) Establecer cláusulas sin efecto legal.
- e) Obstaculizar las funciones de información, vigilancia e inspección del ente supervisor respectivo, o negarse a suministrar datos e información requerida en cumplimiento de tales funciones.
- f) Establecer cláusulas distintas, en los contratos, a las aprobadas y registradas por los entes supervisores, siempre que no se trate de contratos con personas jurídicas en los que se negocian cláusulas especiales o que no estén de acuerdo a las establecidas en la presente Ley.
- g) La falta de cualquier requisito o condiciones que deba contener o reunir el contrato, de acuerdo a lo establecido en los artículos 6 y 7, de la presente Ley.
- h) El incumplimiento a lo establecido en los artículos 8, 10, 14, 25, 26, 55 y 56, todos de la presente Ley.
- i) La reincidencia en infracciones graves.

Aplicación de Sanciones

Art. 42.- La Superintendencia del Sistema Financiero, la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles y el Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo, de oficio o por denuncia la cual puede ser presentada directamente por el afectado o por la Defensoría del Consumidor, según la gravedad de las violaciones a la presente Ley y a la reincidencia en las mismas, deberán aplicar a los emisores, coemisores o comercios afiliados, una vez agotado el proceso correspondiente, en el que se establezca la violación, las siguientes sanciones:

- a) Multas.
- b) Suspensión de la facultad para emitir o coemitir tarjetas de crédito.
- c) Cancelación de la facultad para emitir o coemitir tarjetas de crédito.

Multa para infracciones leves

Art. 43.- Las infracciones leves se sancionarán con multa desde veinticinco hasta cincuenta salarios mínimos mensuales urbanos establecidos para el sector comercio y servicios.

Multa para infracciones graves

Art. 44.- Las infracciones graves se sancionarán con multa desde cincuenta y uno hasta doscientos salarios mínimos mensuales urbanos establecidos para el sector comercio y servicios.

Multa para infracciones muy graves

Art. 45.- Las infracciones muy graves se sancionarán con multa desde doscientos un hasta ochocientos salarios mínimos mensuales urbanos establecidos para el sector comercio y servicios.

El incumplimiento a lo establecido en el artículo 8 de la presente Ley será sancionado con el límite máximo de multa.

Multa para infracciones que afectan derechos colectivos y/o difusos

Art. 46.- No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, la cuantía de la multa que deba imponerse al emisor o coemisor que resultare culpable de infracciones que afecten derechos colectivos y/o difusos, nunca será inferior al daño causado o al ingreso obtenido por él, a consecuencia de la infracción que se le ha comprobado, sin que pueda exceder de cinco mil salarios mínimos mensuales urbanos establecidos para el sector comercio y servicios.

Criterios para la determinación de la multa

Art. 47.- Para la determinación de la multa se tendrán en cuenta los siguientes criterios: el impacto en los derechos del tarjetahabiente, el grado de intencionalidad del infractor, el grado de participación en la acción u omisión, beneficio obtenido y las circunstancias en que ésta se cometa, la reincidencia o incumplimiento reiterado, según el caso.

Para los efectos del inciso anterior, la reincidencia o el incumplimiento reiterado, se entenderán como la comisión de una infracción después de haber sido sancionado en más de una ocasión por la misma infracción, dentro del plazo de un año.

Se considera reincidencia cuando se trate de infracciones que afecten derechos colectivos y/o difusos originados por la misma causa a partir de la última sanción impuesta.

Destino de multas

Art. 48.- Las multas que se impongan en el procedimiento sancionatorio, ingresarán al Fondo General de la Nación, a través de cualquiera de las Colecturías del Servicio General de Tesorería o en las Agencias Bancarias del Sistema Financiero, debidamente autorizadas por el Ministerio de Hacienda.

Suspensión de la facultad para emitir o coemitir tarjetas de crédito

Art. 49.- En caso de reincidencia de infracciones muy graves, deberá ordenarse la suspensión de la facultad de emitir o coemitir tarjetas de crédito por un plazo no mayor de un año.

No obstante lo anterior, los emisores o coemisores deberán continuar administrando los contratos de apertura de crédito ya otorgados, para no afectar los derechos adquiridos de los tarjetahabientes.

Cancelación de la facultad para emitir o coemitir tarjetas de crédito

Art. 50.- En caso de reincidencia en la suspensión de la facultad de emitir o coemitir tarjetas de crédito se procederá a la cancelación de dicha emisión o coemisión.

No obstante lo anterior, los emisores o coemisores deberán continuar administrando los contratos de apertura de crédito ya otorgados, para no afectar los derechos adquiridos de los tarjetahabientes.

Registro de resoluciones sancionatorias

Art. 51.- Los entes supervisores deberán llevar un registro público de sus resoluciones firmes.

Procedimiento sancionatorio

Art. 52.- En lo referente al procedimiento para la imposición de sanciones contempladas en este capítulo se observará las disposiciones sobre los procedimientos sancionatorios establecidos en la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero, la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles y el Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo, según corresponda; y a falta de disposiciones en estas leyes se aplicará lo dispuesto en el Derecho común.

CAPÍTULO VI

DISPOSICIONES COMUNES

Prescripción

Art. 53.- La prescripción para promover los procesos administrativos a que se refiere esta Ley tendrá un plazo de 3 años contados a partir de la fecha en que se cometió la supuesta infracción.

Las acciones judiciales derivadas del contrato de apertura de crédito prescribirán dentro de 5 años.

Liberación de obligaciones

Art. 54.- El tarjetahabiente que hubiera abonado sus cargos al emisor o coemisor queda liberado frente al comercio afiliado de pagar la mercadería o servicio aún cuando el emisor o coemisor no abonara al comercio afiliado.

Clausulas sin efecto

Art. 55.- Carecerán de efecto las cláusulas del contrato que impliquen exoneración de responsabilidad de cualquiera de las partes que intervengan directa o indirectamente en la relación contractual.

Confidencialidad

Art. 56.- La entidad emisora o coemisora deberá guardar confidencialidad de la información referente al tarjetahabiente, los negocios afiliados y a las transacciones que estos realicen, excepto aquella información que sea requerida por autoridad competente o que sea compartida por el emisor o coemisor con instituciones autorizadas por los entes supervisores para el procesamiento de información crediticia, o que el tarjetahabiente previamente haya autorizado proporcionar.

Sistema de recepción de denuncias

Art. 57.- Con el fin de garantizar las operaciones y minimizar los riesgos por operaciones con tarjetas sustraídas o extraviadas, el emisor o coemisor deberá contar con un sistema de recepción de denuncias que opere las veinticuatro horas del día, identificando y registrando cada una de ellas con hora y número correlativo, el que deberá ser comunicado en el acto al denunciante, lo cual no generará cargo alguno para el tarjetahabiente.

Incumplimiento contractual

Art. 58.- El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del comercio afiliado con el tarjetahabiente, dará derecho al adquirente a resolver su vinculación contractual con el comercio afiliado y reclamar una indemnización por daños y perjuicios.

Deber de informar

Art. 59.- Los emisores o coemisores deberán proporcionar a la autoridad supervisora correspondiente toda información que ésta requiera sobre las operaciones que regula esta Ley, en la forma y plazo que establezcan en sus normativas los entes supervisores.

Publicación de información

Art. 60.- Las entidades emisoras o coemisoras deberán publicar mensualmente la información de sus servicios, tasas de interés máximas nominal y efectiva, comisiones y recargos, como mínimo, en dos diarios de circulación nacional, pudiendo además utilizar cualquier otro medio de comunicación masiva. Dichas comunicaciones deberán ser hechas de una manera clara, legible y visible, quedando obligadas tales instituciones a cumplir con lo ofrecido o comunicado a sus clientes.

De igual manera deberán enviar esa información a la autoridad supervisora correspondiente, la cual deberá publicar mensualmente el listado completo de esa información en forma comparativa con todas las entidades emisoras o coemisoras de su competencia, en dos medios de prensa de amplia circulación nacional.

CAPÍTULO VII

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Adecuación de los contratos vigentes

Art. 61.- Se entenderán como no escritas las cláusulas de los contratos vigentes que contravengan lo dispuesto en la presente Ley a partir de la vigencia de la misma, prevaleciendo ésta en caso de discrepancia, sin necesidad de pronunciamiento de autoridad administrativa o judicial; no obstante los efectos consumados antes de su vigencia quedan firmes.

Apoyo técnico

Art. 62.- Durante el primer año de vigencia de la presente Ley, la Superintendencia del Sistema Financiero, deberá prestar el apoyo técnico que la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles y el Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo, le requieran para la aplicación de la presente Ley.

Normas técnicas

Art. 63.- La Superintendencia del Sistema Financiero, la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles y el Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo, en un plazo no mayor de 180 días a partir de la vigencia de esta Ley deberán emitir las normas técnicas necesarias para facilitar su aplicación. Este plazo no exonera del cumplimiento de esta Ley a partir de su vigencia.

Sistemas informáticos

Art. 64.- Los emisores o coemisores deberán adecuar sus sistemas informáticos para cumplir con los requerimientos de la presente Ley, en un plazo no mayor de 60 días después de su vigencia y este plazo no exonera del cumplimiento de esta Ley.

CAPÍTULO FINAL

Aplicación Preferente

Art. 65.- Las disposiciones de la presente Ley, por su carácter especial prevalecerán sobre cualquiera otras que la contraríen.

Vigencia

Art. 66.- La presente Ley entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el Diario Oficial.

DADO EN EL SALÓN AZUL DEL PALACIO LEGISLATIVO: San Salvador, a los doce días del mes de Noviembre del año dos mil nueve.

Ciro Cruz Zepeda Peña

Presidente

Othon Sigfrido Reyes Morales

Primer Vicepresidente

Guillermo Antonio Gallegos Navarrete

Segundo Vicepresidente

José Francisco Merino López

Tercer Vicepresidente

Alberto Armando Romero Rodríguez

Cuarto Vicepresidente

Francisco Roberto Lorenzana Durán

Quinto Vicepresidente

Lorena Guadalupe Peña Mendoza

Primera Secretaria

César Humberto García Aguilera

Segundo Secretario

Elizardo González Lovo

Tercer Secretario

Roberto José d'Aubuisson Munguía

Cuarto Secretario

Sandra Marlene Salgado García

Quinta Secretaria

Irma Lourdes Palacios Vásquez
Sexta Secretaria
Miguel Elías Ahues Karra
Séptimo Secretario

ANEXO 2

CONSIDERACIONES VARIAS

ASOCIACIÓN SALVADOREÑA DE INTERMEDIARIOS FINANCIEROS NO BANCARIOS (ASIFBAN)

La Asociación Salvadoreña de Intermediarios Financieros no Bancarios, que puede denominarse ASIFBAN, ha dado su postura respecto a la propuesta de Ley de Tarjetas de Crédito; ASIFBAN es de las pocas instituciones que conglomerado financiero que aprueba la iniciativa de que se cree esta ley.

ASIFBAN ha considerado necesario otorgar herramientas legales a los entes estatales responsables de fiscalizar el funcionamiento de tarjetas de tarjetas de crédito; todo ello con miras a establecer un producto justo y equitativo en donde se garantice la libre competencia en igualdad de condiciones y la transparencia del mercado en asegurar las operaciones y el conocimiento de la forma en que opera el sistema a todas las partes involucradas en el mismo.

Asimismo ASIFBAN propone que las tarjetas de crédito, por sus operaciones especializadas tienen un carácter atípico en el derecho positivo salvadoreño, y es viable en esa medida la crear un cuerpo legal especializado en el que tome en cuenta parámetros de las actividades de los emisores, proveedores y adquirentes.

Entre las propuestas presentadas por ASIFBAN se encuentran elementos importantes que detallan todo el funcionamiento del sistema de tarjeta de crédito, pero no se refiere entre sus propuestas a las cláusulas abusivas como tal, es decir que no deben ir estipuladas en los contratos, y lo mas parecido coincide con el artículo 15 del proyecto de ley a cláusulas ineficaces.

Otras de las propuestas interesantes hecha por ASIFBAN es que es que lo relativo a las tasas de interés, lo cual es sin duda el mayor dolor de cabeza de los tarjeta habientes pues tratan de aclarar como y cuando estas se cobraran, pero principalmente que estas se estipularan según la capacidad económica de cada solicitante para que no sea un tratamiento indiscriminado.

ASOCIACION BANCARIA SALVADOREÑA (ABANSA)

Otra institución que está participando en la configuración del anteproyecto de Ley que regule el funcionamiento de la Tarjeta de Crédito en El Salvador, es la Asociación Bancaria Salvadoreña (ABANSA), quien ha realizado una serie de propuestas que considera necesarias en cuanto a la normativa mencionada, siempre velando porque se cumplan sus intereses.

En primer lugar considera que no es tan cierto que la Tarjeta de Crédito tenga carácter atípico, como lo quieren hacer ver en los posibles considerandos del anteproyecto, cuando dice:

“Considerando VI: Que el Sistema de Tarjeta de Crédito, por sus operaciones especializadas tiene carácter atípico en el derecho positivo salvadoreño, lo que fundamenta la creación de un cuerpo legal especializado en el que se definan los parámetros de las actividades de los emisores, coemisores, adquirentes, entes afiliados o proveedores y tarjeta habientes”.

La realidad es que la Ley de Bancos autoriza su emisión en el Art 51 literal p) , y se utiliza el Contrato de Apertura de Crédito regulado en el Código de Comercio, para su emisión.

Considera además que se deben de mantener las facultades que le otorga la Ley de Bancos a éstos, porque no está de acuerdo en que se trate de fijar un techo en materia de intereses, y debe de modificarse el Art. 19 del anteproyecto, el cuál establece:

“Los emisores o coemisores establecerán las tasas de interés efectivas, las cuales no serán superiores de diez puntos a la tasa efectiva promedio ponderada aplicable para préstamos personales, publicada mensualmente por el Banco Central de Reserva de El Salvador”.

Propone que se modifique dicha disposición en la forma que lo dispone el Art. 64 de la Ley de Bancos, en la que autoriza a dichas instituciones financieras a que establezcan libremente las tasas de interés, comisiones y recargos, pero siempre y cuando rindan informe al Banco Central de Reserva; pero no solamente se habla de éste tipo de libertad, sino también establecer facultades a las entidades que emiten Tarjeta de Crédito, por ejemplo consignar en el anteproyecto que los emisores deben de utilizar los formularios que se depositen y registren en la Superintendencia del Sistema Financiero, o en la de Obligaciones Mercantiles, a excepción de los contratos de Apertura de Crédito en los que se negocien condiciones especiales, según lo determine el emisor, lo que implica reconocer y permitir el cambio de ciertas cláusulas del contrato.

La ley debe de garantizar el derecho a la información así como debe de procurarse una redacción clara y que mejor exprese la intención de la disposición, por lo que existen ciertas disposiciones que deben de ser cambiadas en su redacción, porque se debe de expresar de una forma precisa y sin dificultad de entendimiento, todos los supuestos.

No deben de haber disposiciones en las que se de lugar a la duda o remisión a otras leyes, porque para eso se crea una Ley especial, para que se tenga regulados todos los aspectos relacionados con el objeto de la ley, por lo que debe de ser clara y no dejar ningún aspecto que de lugar a un vacío legal, como por ejemplo en los requisitos que debe de contener la Tarjeta de crédito o contrato de Apertura de Crédito, hay un literal que dice: los demás requisitos que exija la ley, o los demás establecidos por el ente supervisor, por lo que solicita que éste tipo de literales sean eliminados del anteproyecto y realizar una configuración expresa y que no deje vacíos.

Debe de garantizar de una mejor manera el derecho de información de los usuarios o de los Tarjetahabientes, en ése sentido propone que: *al momento de la firma de Contrato de Apertura de Crédito, el emisor deberá de entregar al tarjetahabiente una hoja resumen que listará claramente la tasa de interés, las comisiones, los recargos, y las acciones que la generan. Este resumen también se enviará al Tarjetahabiente por lo menos una vez al año o cuando exista una modificación de los rubros que lo componen;* así los usuarios tendrán pleno conocimiento de lo que deberá de pagar al momento de usar su tarjeta, para evitar de alguna manera que gastos excedentes, en mora o imposibilidad de pagarla.

De alguna manera, la Ley debe de tratar de velar por los intereses de los Bancos, es decir, porque se regulen los medios por los que el banco pueda hacer efectivo su pago, por lo que propone que se le reconozca al Contrato de Apertura de Crédito, el valor de un título ejecutivo sin necesidad de reconocimiento de firma, para que con solo ser presentado en la vía respectiva, se tomen todas las acciones inmediatas para que se garantice el pago de lo adeudado al Banco.

Hay muchas disposiciones que deben de ser unificadas por las existentes en los distintos cuerpos legales, relacionadas al Contrato de Apertura de Crédito, la emisión de la misma, vigilancia, y sobre todo debe de ser unificadas a lo dispuesto en la Ley de Protección al Consumidor y la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero, y con las normas que éste emita, para que no entre en contradicción con ellas.

Los derechos de los usuarios deben de estar contenidos en la Ley, por lo que deben de crearse ciertas garantías que vayan en defensa de los referidos derechos, dotándose de medios y herramientas de impugnación de procedimientos o de actos que se realizan siempre en relación al uso y la emisión de la Tarjeta, a los tarjetahabientes.

En cuanto a cláusulas abusivas, hace un importante aporte, y se recomienda que se tenga en cuenta la regulación que hace de ellas la Ley de Protección al Consumidor, por lo que sugiere que en vez de regularse lo relativo a las cláusulas ineficaces del contrato, debe

de regularse las cláusulas abusivas en dicho contrato, y unificarse a lo dispuesto en la Ley de Protección al Consumidor, estableciéndose que se tendrán por no escritas y que además se establezca como una infracción, agregándose su respectiva sanción, así en vez de estar dejando éste punto de lado, se estaría regulando de una mejor manera, el efecto que tendrían en el contrato de Apertura de Crédito.

El aporte importante que realiza ABANSA, para efectos de nuestro estudio, es lo relativo a cláusulas abusivas, porque se estaría regulando

SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO, BANCO CENTRAL DE RESERVA Y DEFENSORIA DEL CONSUMIDOR

Otras de las instituciones que participan en la discusión sobre el Anteproyecto de Ley de Tarjetas de Crédito son la Superintendencia del Sistema Financiero, el Banco Central de Reserva y la Defensoría del Consumidor, quienes emiten sus opiniones, propuestas y observaciones de manera conjunta.

Estas instituciones se encuentran de acuerdo en la aprobación de una ley que regule de manera especial la emisión de tarjetas de crédito, porque le corresponde al Estado salvadoreño promover el desarrollo económico y social, así como defender el interés de los consumidores; además el numero de personas que utilizan este sistema de pago son considerablemente elevados y resulta necesario garantizar la equitatividad y transparencia en este tipo de operaciones a través de herramientas legales.

En cuanto al nombre de la normativa proponen que se llame “Ley del Sistema de Tarjetas de crédito”, porque al referirse a sistema de tarjeta de crédito se incluyen a los tarjetahabientes, emisores, comercios afiliados y la relación que entre ellos existe a través del conjunto complejo y sistematizado de contratos que se celebran.

La relación entre emisores, tarjetahabientes, y comercios afiliados se desarrolla cuando el primero celebra un contrato de apertura de tarjeta de crédito con el

tarjetahabiente y a través del cual le emite una tarjeta de crédito para que realice operaciones de compra de bienes y servicios o anticipo de dinero en efectivo en comercios e instituciones adheridas al sistema. En cuanto a los pagos el tarjetahabiente es responsable de pagar al emisor, mientras que este a los comercios adheridos.

El listado de conceptos con sus respectivas definiciones que consideran debe incluirse en la Ley es:

- a) Emisor: Entidad que emite u opera en el país, tarjetas de crédito a favor de personas naturales o jurídicas.
- b) Administrador o gestor de tarjeta de crédito: Persona jurídica que en virtud de un contrato, efectúa la administración o gestión de las operaciones con tarjetas de crédito.
- c) Tarjetahabiente: Persona natural o jurídica habilitada para el uso de la tarjeta de crédito.
- d) Titular adicional: Es la persona autorizada por el titular para realizar operaciones con tarjeta de crédito.
- e) Tarjeta de crédito: Instrumento material de acreditación del usuario, emitido a su nombre e intransferible.
- f) Adquirente: Entidad que brinda el servicio de autorización y liquidación de operaciones a los comercios afiliados.
- g) Comercio afiliado: Es el ente que en virtud del contrato celebrado entre el tarjetahabiente y el emisor, proporciona bienes y servicios o dinero en efectivo al tarjetahabiente, aceptando percibir el importe de estos mediante el sistema de tarjeta de crédito.
- h) Interés: Precio que se cobra por ceder el uso del dinero.
- i) Comisión: Remuneración que paga el comercio afiliado por su participación en el sistema de tarjetas de crédito, en razón de los bienes y servicios o dinero en efectivo que proporciona al tarjetahabiente; así como también el importe que tratándose del tarjetahabiente, se cobra por un servicio adicional efectivamente prestado por el emisor y que no sea inherente al producto o servicio contratado por el cliente.

- j) Recargo: Es una penalización de carácter económico que aplican los emisores a sus tarjetahabientes.
- k) Cargo por cuenta de terceros: Importe que aplica el emisor a sus tarjetahabientes, por los servicios pactados con terceras personas para cumplir con requisitos vinculados a las operaciones que, de acuerdo a lo pactado, serán a cargo del tarjetahabiente.
- l) Tasa de interés efectiva: Costo anual total de financiamiento expresado en términos porcentuales anuales que, para fines informativos y de comparación, incorpora la totalidad de los cargos inherentes al financiamiento recibido.
- m) Numero de cuenta o numero interno de inscripción: Es el asignado a la cuenta principal del tarjetahabiente.
- n) Intereses bonificables: Son los intereses generados desde la última fecha de corte a la fecha de corte actual.

En la actualidad existe una contratación indiscriminada en cuanto a la emisión de tarjetas de crédito, por lo que estas instituciones consideran que se debe limitar de alguna forma, y la propuesta referente a esto es de realizar un estudio previo al potencial tarjetahabiente para calificar su condición económica y específicamente enfocarse en la capacidad de pago.

Agregan que debe incorporarse un título con el nombre de “*De la fiscalización y vigilancia*”, en el cual la Defensoría del Consumidor se le faculte para que continúe velando por los derechos de los tarjetahabientes, en sus relaciones de consumo con los emisores de tarjetas de crédito y de acuerdo con los comercios afiliados.

Consideran además que la fiscalización de los emisores, administradores o gestores de tarjetas de crédito corresponderá a la Superintendencia del Sistema Financiero cuando sean sujetos sometidos a su control y a la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles cuando se trate de fiscalizar personas jurídicas sometidas a su vigilancia de acuerdo a lo establecido en la Ley de la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles.

Proponen que el contrato que se celebre para la emisión de tarjeta de crédito sea el de apertura de crédito rotativo, el cual deberá cumplir con los requisitos mínimos que se aplican a los contratos de adhesión y previo a su uso se depositen en la Superintendencia que corresponda para que sean estas que verifiquen el cumplimiento de las leyes y normas aplicables.

Consideran que la información proporcionada por los emisores, debe permitir que los tarjetahabientes adquieran un conocimiento integral de las características del servicio ofrecido, para tomar las decisiones más adecuadas. Celebrado el contrato se le entregará un resumen al tarjetahabiente, con el objeto de brindar mayor transparencia a la celebración y que el tarjetahabiente pueda en cualquier momento verificar las condiciones del contrato.

Proponen regular que La entidad financiera que realice otras operaciones con el tarjetahabiente no podrá compensar deudas por el uso de tarjetas de crédito, salvo autorización expresa y que exista la posibilidad que el titular pueda solicitar la terminación de la relación contractual por escrito, debiendo el emisor acusar recibo de dicho documento, cesando los efectos jurídicos del contrato, siempre que no exista saldo pendiente por liquidar.

Otro aspecto importante es que solicitan que se incorpore en la Ley el perfeccionamiento del contrato, que será mediante y solamente por la firma del documento, lo que trae como consecuencia la prohibición a los emisores de entregar tarjetas de crédito sin la previa suscripción de un contrato de apertura de crédito. Asimismo las modificaciones al contrato deben informarse al tarjetahabiente para que exprese su conformidad con ellas, no pudiendo el emisor alegar el silencio como señal de aceptación, ni cambiar unilateralmente las cláusulas del contrato

CENTRO PARA LA DEFENSA DEL CONSUMIDOR (CDC)

Finalmente, el Centro para la Defensa del Consumidor (CDC) también participa en la discusión relacionada al Anteproyecto de Ley de Tarjeta de Crédito y sus aportes son los que se estudiarán a continuación:

- a) En primer lugar opina que respecto a las definiciones que se deben incluir en el Anteproyecto deben encontrarse en forma clara las de proveedor, emisor, administradores de tarjeta de crédito y comercio afiliado, porque esto nos servirá para establecer responsabilidades.
- b) Garantizar la implementación de un procedimiento sancionador que asegure los derechos de los tarjetahabientes y la imposición de multas severas a los proveedores que atenten contra los mismos;
- c) Regular el cobro de comisiones, cargos, recargos y penalidades, a partir de una análisis técnico de su justificación económica;
- d) Establecer de manera clara y precisa los requerimientos que deben cumplir los contratos de adhesión, a efecto de ser registrados y autorizados por la autoridad reguladora; y
- e) Respetar la naturaleza del derecho de protección de la persona usuaria, que tiene a la base el reconocimiento de la asimetría existente entre el emisor y el tarjetahabiente.

ANEXO 3

UNIVERSIDAD DE ELSALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE GRADUACIÓN

TEMA: CLAUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO DE APERTURA A CREDITO
(TARJETA DE CREDITO)

OBJETIVO: Determinar los efectos negativos que para los usuarios de tarjetas de crédito tiene el contenido de las cláusulas en el contrato de apertura a crédito

SEXO: M F

NIVEL EDUCATIVO:

Primaria Básica Media Universitaria grado universitario:

INDICACION: Señale la opción que corresponda según sea su caso y explique brevemente.

1 ¿Recuerda haber firmado un contrato para que le emitieran su tarjeta de crédito?

Si No ¿Por qué? -----

2 ¿Conoce usted que tipo de contrato era el que firmo?

Si No ¿Por qué? -----

3 ¿Leyó o le leyeron el contenido del contrato antes de firmarlo?

Si No ¿Por qué? -----

4 ¿Comprendió el contenido del contrato en su totalidad?

Si No ¿Por qué? -----

5 Estuvo de acuerdo con todos los términos del contrato?

Si No ¿Por qué? -----

6 ¿Conoce sus derechos como consumidor?

Si No ¿Por qué? -----

7 ¿Considera usted que las condiciones impuestas por el banco en el contrato vulneran sus derechos?

Si No ¿Por qué? -----

8 ¿Cree usted que el contrato le produjo más perjuicios que beneficios?

Si No ¿Por qué? -----

9 De las siguientes opciones cual considera que es la que mas le perjudica como usuario de tarjeta de crédito

Intereses, comisiones y recargos

Plazos de pago

Renuncia de derechos

Cobros no acordados en el contrato

Todos los anteriores

Otros, ¿Cuáles? -----

10 Cree necesaria la creación de una ley especial de tarjetas de crédito para frenar esta serie de abusos?

Si No ¿Por qué? -----

ANEXO 4

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR.



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.

SEMINARIO DE GRADUACION.

ENTREVISTA.

“Cláusulas Abusivas en el Contrato de Apertura de Crédito (Tarjeta de Crédito)”

Dirigida a: Asesora Jurídica de la Comisión Financiera de la Asamblea Legislativa y al Representante de la Superintendencia del Sistema Financiero.

Objetivo: Realizar una investigación de campo sobre el tratamiento normativo en materia de cláusulas abusivas en el país.

1. ¿En el Contrato de Apertura de Crédito, por medio del cuál se emite la Tarjeta de Crédito, se introducen cláusulas abusivas?
2. ¿Cuál es el mecanismo que controla la introducción de cláusulas abusivas y si este es efectivo?
3. ¿Existe una efectiva regulación sobre cláusulas abusivas?
4. ¿Cree usted que es efectiva la supervisión del estado sobre la actividad bancaria?
SI NO
¿Por qué?
5. ¿La Ley de Bancos otorga muchas facultades a los Bancos en su relación contractual con los clientes?
6. ¿Las facultades que otorga la Ley de Bancos a los Bancos obedece al predominio del libre mercado en el Sistema Económico de El Salvador?
7. ¿Cuáles son los aportes que brindaría la nueva Ley Tarjetas de Crédito?

ANEXO 5



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR.
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIA SOCIALES.
SEMINARIO DE GRADUACION.
ENTREVISTA.

“Cláusulas Abusivas en el Contrato de Apertura de Crédito (Tarjeta de Crédito)”

Dirigida a: Docente del Departamento de Derecho Privado y Procesal y Representante de la Defensoría del Consumidor.

Objetivo: Realizar una investigación de campo sobre los mecanismos de control que existen sobre cláusulas abusivas, en relación a las Tarjetas de Crédito.

1. ¿Cuál es la vía judicial y/o acción que se debe de iniciar ante la introducción de cláusulas abusivas?
2. ¿Es posible alegar la nulidad de una cláusula por abusiva en la vía judicial?
3. ¿Conoce algún caso de Juicio por cláusulas abusivas?
SI NO.
¿Cuál?
4. ¿Cree usted que una acción minimizaría la introducción de cláusulas abusivas?
5. ¿Son suficientes la regulación y los mecanismos de control que existen actualmente referente a cláusulas abusivas en los Contratos de Apertura a Crédito?
6. ¿Que opinión merece y cuales son los aportes que brindaría la nueva Ley de Tarjetas de Crédito?



CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO ROTATIVO CONTRATO DE TARJETA No. 4550 0103 2599 1441

Banco Agrícola, S.A. de este domicilio, como Banco emisor que en adelante se llamará "El Banco" y ANA LETICIA ALVARADO HERNANDEZ DE GOMEZ de CUARENTA Y CINCO años de edad, EMPLEADO(A), del domicilio de SAN VICENTE, como Acreditado, hemos convenido en celebrar el siguiente contrato de apertura de crédito rotativo que se registrará por los artículos 1105 al 1118 del Código de Comercio y en especial por las condiciones que a continuación se expresan:

I. LIMITE MAXIMO DE CREDITO

El acreditado no podrá excederse del monto máximo de crédito autorizado, que para este contrato se fija en CUATROCIENTOS DOLARES de los Estados Unidos de América.

II. FINALIDAD

El Banco entrega al acreditado una tarjeta de crédito especial, para usar el crédito abierto de la siguiente manera:

a) En los establecimientos comerciales o de servicios afiliados al sistema de crédito especial del Banco o sus Franquicias, para la compra de mercaderías, consumo y servicios. El acreditado se obliga a reembolsarlo al Banco, pagándole intereses, comisiones y recargos en las condiciones convenidas mas adelante. El acreditado esta sujeto a las condiciones o normas comerciales del respectivo establecimiento.

b) Para retirar cantidades de dinero en efectivo, hasta el límite de saldo disponible en las agencias del Banco, en los comercios afiliados que acepten efectuar esta operación, en la red de cajeros automáticos del Banco u otras redes afiliadas.

c) El uso de la tarjeta de crédito esta sujeto a las tolerancias permitidas por las franquicias que se emitan.

El tipo de cambio aplicable a compras en el extranjero estará sujeto a modificaciones de acuerdo a la variación que la respectiva moneda tenga en el mercado, y se cobrará el que este vigente en la fecha en que el Banco le pague a la empresa o establecimientos afiliados.

III. OBLIGACIONES DEL ACREDITADO

a) Firmar la tarjeta en el momento de recibida, siendo responsable de las consecuencias que se pudiesen derivar por la falta de firma. b) Notificar de inmediato y por escrito al banco cualquier cambio en la dirección de su residencia o número de teléfono.

c) Guardar, custodiar y cuidar la tarjeta en forma diligente.

d) Para los reclamos por mercaderías devueltas, el acreditado deberá dirigirse única y directamente a la empresa o establecimiento afiliado, y en ningún caso el acreditado puede exigir al banco, reembolso o pagos en efectivo o compensación en razón de dichas mercancías.

e) Cerciorarse que al realizar una compra, la cantidad anotada sea la correcta e incluya la fecha de la compra.

IV. VIGENCIA

El presente contrato tendrá un plazo de un año a partir de esta fecha, el cual se prorrogará automáticamente por períodos iguales y sucesivos, salvo que el acreditado de aviso escrito en contrario al Banco con treinta días de anticipación por lo menos, al vencimiento del plazo o de cualquiera de sus prórrogas; para que estas prórrogas surtan efecto, es indispensable el pago previo y anual por membresía de tarjeta principal y adicional. El uso de la tarjeta de crédito podrá suspenderse por mal manejo en cuyo caso el acreditado se obliga a no continuar usando la tarjeta principal y las adicionales, si las hubiera, y a devolverlas inmediatamente al Banco, las cuales quedaran sin validez.

V. CAUSALES DE CADUCIDAD

a) Por falta de pago de una o más mensualidades.

b) Por sobregiro cuando el acreditado se excede del límite del crédito otorgado.

c) Por juicio ejecutivo iniciado por terceros, o por el mismo banco.

VI. SOBREGIRO Y EXTRAFINANCIAMIENTO

Si el acreditado hace uso de la tarjeta en un monto superior al límite máximo del crédito aprobado por el Banco, deberá efectuar abonos adicionales a la cuota ordinaria para cubrir el excedente y el IT que el Banco le haya notificado al acreditado, ya que deberá conocer su propio control en el monto de dichos excesos. En caso de sobregiro, se deberá cubrir en la fecha de pago siguiente, pudiendo efectuar tales abonos antes de la aludida fecha. El monto de la transacción se incorporará en el próximo pago mínimo, reconociendo un interés anual por sobregiro, adicional a la tasa de interés normal publicados por el Banco. En caso de sobregiro la tarjeta automáticamente quedará bloqueada, hasta que se cancele el sobregiro y la respectiva cuota ordinaria. En caso de extrafinanciamiento autorizado, el valor de la cuota se incorpora en el próximo pago mínimo y pagará sobre saldos el interés publicado por el Banco.

VII. CANTIDADES A RESTITUIR AL BANCO POR PARTE DEL ACREDITADO

a) El importe de las facturas o pagares por compras de mercadería, consumo o servicios.

b) El importe de los retiros de dinero en efectivo, más la comisión e IVA sobre esta, si dichos retiros son efectuados en la red de cajeros del banco; caso contrario, pagará además la comisión por transacción en cajero automático fuera de la red del banco.

c) El 41.9% de interés anual calculado sobre saldos diarios y pactado conforme a la cláusula X. En caso de sobregiro o extrafinanciamiento pagará el valor de \$5.00 Dólares de los Estados Unidos de América más IVA.

d) El 12% de interés anual adicional a la tasa de interés normal por mora sobre el capital de las mensualidades no pagadas en la fecha fijada para tal efecto.

e) El importe por membresía de cada tarjeta principal y adicional, posterior al primer año, también pagará una suma anual por la renovación de cada tarjeta principal y por cada tarjeta adicional, que en esta fecha es de **\$ 30.00 Dólares de los Estados Unidos de América por la Titular y \$ 15.00 Dólares de los Estados Unidos de América por la Adicional IVA Incluido.**

f) El costo de reposición por extravío o robo de la tarjeta, que en esta fecha es de **\$ 15.00 Dólares** de los Estados Unidos de América IVA Incluido.

g) La cantidad por todo cheque rechazado, más IVA, cuyo monto en esta fecha es de **\$ 5.65 Dólares** de los Estados Unidos de América.

h) Por cualquier pago a los establecimientos afiliados, efectuado por el Banco, derivado de un mal manejo del acreditado en el uso de la presente apertura, se considera mal manejo la autocompra realizada por el acreditado cuando este es a su vez es propietario del negocio afiliado.

i) La cantidad para reposición de tarjeta por deterioro, más IVA que en esta fecha es de **\$ 5.65 Dólares** de los Estados Unidos de América .

j) El costo por cualquier gestión extrajudicial en el cobro de la mora, que no podrá exceder el 130% del saldo de capital .

k) El valor del Plan de Protección, en caso haya sido suscrito por el acreditado, cuya copia-se le entrega en esta fecha.

l) Cualquier otra comisión o recargo publicada por el Banco, de conformidad con la ley y previamente aceptados por el tarjetahabiente.

Los costos aquí referidos, en concepto de intereses, recargos o servicios, serán los publicados por el Banco y la parte acreditada autoriza al Banco para que sean cargados a la cuenta que por este medio se le abre. La tasa de interés efectiva anualizada de este crédito es del **CUARENTA Y UN PUNTO NOVENTA** por Ciento Anual. (41.9%), se establece expresamente un diferencial de diez puntos con relación a la tasa de referencia publicada por el Banco y que se aplicará durante la vigencia de este contrato.

VIII. ESTADO DE CUENTA

De conformidad al artículo un mil ciento noventa y cuatro del Código de Comercio y considerando que el presente contrato, se maneja por ambas partes mediante mecanismos electrónicos y considerando que el Banco proporciona distintos medios electrónicos para que a cualquier hora y en cualquier día del año la parte acreditada pueda consultar e imprimir sus estados de cuenta derivados de este contrato, las partes acuerdan que el primer día hábil siguiente a la fecha de corte, el Banco enviará por correo electrónico a la parte acreditada un estado de su cuenta que comprenda los abonos y cargos hechos en la misma durante el mes anterior, y los demás elementos que exige el artículo 18-b del Reglamento de La Ley de Protección al Consumidor. Si la parte acreditada no designare dirección electrónica se le enviará por correo postal su respectivo estado de cuenta mensual, de conformidad al artículo 18-d y 18-e del Reglamento de La Ley de Protección al Consumidor. La inconformidad y las observaciones a que hubiese lugar deberán ser presentadas por el acreditado dentro de los quince días siguientes a la fecha del recibo del estado de la cuenta. Si en este plazo el acreditado no reclamare se presumirá legalmente firme el saldo informado.

IX. FORMAS DE PAGO

El acreditado se obliga a pagar al Banco, en efectivo, en moneda de los Estados Unidos de América, el importe de los cargos mensuales que se hagan a su cuenta, aun cuando el total sobrepase el monto máximo concedido, de la siguiente forma:

a) Dentro de los días comprendidos entre la fecha de la compra y el día anterior a la fecha de corte, sin ningún recargo, en fracciones de amortización proporcionales al saldo, a partir de la fecha de corte; reconociendo el interés publicado la por el Banco, calculados sobre saldos diarios.

b) los abonos o pagos mensuales no podrán ser inferiores al mínimo establecido por el Banco a la fecha de pago.

c) Todo abono será imputado en primer lugar a intereses, comisiones y recargos, todo conforme publicaciones mensuales realizadas por el Banco y que desde hoy son del conocimiento del acreditado, y por último al capital. La falta de pago oportuno en el plazo convenido para el reembolso dará derecho al Banco a cargar sobre saldos deudores la tasa de interés moratorio publicada, sin que ello implique prórroga de plazo para el pago de la obligación.

d) Si por cualquier razón el acreditado efectuare pagos en exceso del monto adeudado a determinada fecha de corte, el Banco no estará obligado al pago de intereses sobre las sumas pagadas en exceso, y faculta al Banco para acreditar dicha sumas a futuros cargos a su cuenta.

X. VARIABILIDAD DE INTERESES, COMISIONES Y RECARGOS

Respecto al monto de las tasas de interés, comisiones y recargos establecidas en este contrato, podrá existir variabilidad de conformidad a lo regulado en la Ley de Bancos; sin embargo, en el caso de nuevas comisiones, recargos u otros cobros a efectuar por el Banco, deberá existir la notificación al acreditado con la respectiva aceptación expresa de su parte, previo a que éstas se hagan efectivas, lo cual deberá constar en una cláusula anexa a este contrato. Las partes expresamente declaran entender que la variabilidad en el monto se refiere a las comisiones y recargos pactados originalmente en este contrato. Ratifican que las nuevas comisiones o cargos, deben ser aceptadas por el acreditado previo a su vigencia.

XI. DEFECTOS DE IMPRESION EN EL COMPROBANTE

En caso de cualquier defecto de impresión en el comprobante extendido por la empresa o establecimiento afiliado, el acreditado no queda exento de la obligación de pagar, salvo que el defecto consistiere en discrepancia entre el monto cargado a su cuenta y aquel mostrado en el comprobante correspondiente, en cuyo caso el reclamo deberá presentarse al Banco dentro de los quince días de la fecha del recibo del estado de la cuenta; cuando la discrepancia consista en el nombre o firma del tarjetahabiente: en los restantes casos el reclamo deberá presentarse a la empresa o establecimiento afiliado.

XII. PROPIEDAD DE LA TARJETA

La tarjeta principal y las adicionales son propiedad exclusiva del Banco, y el acreditado y usuario(s) adicional únicamente las posee en calidad de depósito, en consecuencia, al darse por terminado el presente contrato por cualquier causa o al vencimiento del plazo, el acreditado deberá devolverla de inmediato al Banco con las adicionales, si las hubiere, quedando facultado el Banco para recuperar las tarjetas por cualquier medio legal. La parte acreditada es responsable de la custodia personal de la(s) tarjeta(s), sin embargo, en caso de robo, hurto o extravío, el Banco será responsable a partir del momento del aviso personal escrito en cualquier agencia del Banco o en la unidad de tarjetas de crédito del Banco o vía teléfono, por medio del número de teléfono que al efecto proporciona el Banco al tarjetahabiente, el cual estará disponible las 24 horas al día, del robo, hurto o extravío de estas.

XIII. USO DE LA TARJETA

Los desembolsos que se generen en virtud de éste contrato, serán efectuados por el acreditado por medio de la tarjeta de plástico que el Banco le entregará y el manejo, custodia personal y control de dicha tarjeta plástica, en lo relativo al número de identificación PIN, será de única y exclusiva responsabilidad del mismo, ya que el número de identificación es de único y estricto conocimiento del acreditado, quien en forma personal lo ingresa por medio del ATM Junior, por lo tanto, el Banco no se responsabiliza por las operaciones realizadas, ya que el uso del mismo es de personal, secreto e intransferible, siendo responsabilidad del acreditado el uso inapropiado que se haga de dicho número. Por su parte el Banco adquiere la responsabilidad de la confidencialidad interna y operativa de la clave de acceso grabada por el acreditado.

XIV. TARJETAS ADICIONALES

El presente contrato comprende todas las tarjetas adicionales expedidas por el Banco, con autorización, por cuenta y a solicitud del acreditado, identificadas con el número que señale el Banco y con las mismas obligaciones, limitaciones y sometimientos aceptados por el acreditado.

XV. AVISO Y DOMICILIO

Todo aviso o notificación que deba hacerse al acreditado, se efectuará en el domicilio y dirección postal o electrónica indicados en el expediente de crédito por el acreditado.

Para todos los efectos judiciales y extrajudiciales de este contrato, el acreditado fija la ciudad de San Salvador, República de El Salvador, como domicilio especial.

XVI. CLAUSULA ESPECIAL

El acreditado autoriza al Banco para que en las fechas en que deba verificarse toda amortización a cuenta de la presente apertura de crédito o posteriormente, cargue su valor en cualesquiera de las cuentas de depósito que el acreditado tenga con el Banco. Si como consecuencia de estos cargos se sobregirará en su cuenta, se obliga a reintegrar el monto de sobregiro a mas tardar dentro de los 15 días siguientes a la fecha del cargo.

XVII. DISPOSICIONES GENERALES

- a) El acreditado ha suscrito un pagaré a favor del Banco hasta por el monto máximo del crédito.
- b) Cualquier incremento del monto máximo del crédito será notificado y podrá ser aceptado por la parte acreditada , o
- c) En caso de cambio del tipo de producto a petición de la parte acreditada, este deberá suscribir un nuevo contrato aplicable al nuevo producto y que sustituye el presente contrato.
- d) Es entendido que no pueden cobrarse en forma simultanea cargos originados por el mismo hecho, motivo, razón o circunstancia.
- e) La parte acreditada, por este medio **Rechaza** el servicio de plan de protección.

f. _____
Banco Agrícola, S.A.

f. 
Deudor

En la ciudad de **SAN VICENTE**, a las **DIEZ** horas **CINCUENTA Y TRES** minutos del día **SIETE de OCTUBRE** del dos mil **CINCO** ante mí, **ELEONORA MOLINA PANAMEÑO**, notario, del domicilio de la ciudad de **SAN VICENTE**, comparecen: Por una parte **ENRIQUE JAVIER PEREIRA AGUILAR**, de **CUARENTA Y OCHO** años de edad, **EMPLEADO**, del domicilio de **SAN VICENTE**, quien actúa en nombre y representación, como apoderado especial administrativo del Banco Agrícola, Sociedad Anónima, entidad bancaria del domicilio de la ciudad de San Salvador, a quien identifico con su Documento Unico de Identidad número **CERO UNO OCHO SIETE TRES DOS SIETE CERO CERO**, que en el transcurso de esta acta se denominará como "el Banco acreditante", personería que doy fe de ser legítima y suficiente por tener a la vista: El testimonio de la escritura Pública de Poder, otorgada en esta ciudad a las **NUEVE** horas y **DIEZ** minutos de el día **QUINCE** del mes de **MARZO de DOS MIL CUATRO**, ante los oficios del Notario **ENRIQUE RODOLFO ESCOBAR LOPEZ**, inscrita en el registro de comercio número **TREINTA** del Libro **NOVECIENTOS SETENTA Y SEIS** de Otros Contratos Mercantiles, en la que consta que don **RODOLFO ROBERTO SCHILDKNECHT SCHEIDEGGER**, en su carácter de Presidente de la Junta Directiva del Banco, confirió al compareciente **PODER ESPECIAL**, con facultades para celebrar contratos como el aquí contenido, estando en dicha escritura plenamente establecida y comprobada la existencia legal del Banco, lo mismo que la personería del señor **SCHILDKNECHT SCHEIDEGGER**; Y por otra parte comparece **ANA LETICIA ALVARADO HERNANDEZ DE GOMEZ**, de **CUARENTA Y CINCO** años de edad, **EMPLEADO(A)**, del domicilio de **SAN VICENTE**, a quien no conozco pero de cuya identidad personal me cercioré por medio de su Documento Unico de Identidad que he tenido a la vista número: **CERO UNO CINCO CUATRO TRES NUEVE CUATRO CUATRO DOS**, que en el transcurso de esta acta se denominará como "la parte acreditada"; Y dicen: que reconocen como suyas las firmas puestas al pie del documento que precede, suscrito hoy en esta ciudad, respecto al contrato de apertura de crédito rotativa, documento por el cual el Banco acreditante ha puesto a la disposición de la parte acreditada un préstamo mercantil rotativo hasta por la cantidad de **CUATROCIENTOS DOLARES** de los Estados Unidos de América, que el acreditado utilizará por medio de tarjeta de crédito especial que el Banco acreditante le ha entregado, siendo el plazo del contrato de un año, prorrogable en forma automática de acuerdo a lo convenido en el contrato, al tipo de interés anual y demás costos relacionados en la cláusula VII del contrato que se autentica, siendo la forma de pago lo convenido en la cláusula IX del contrato que se autentica; Asimismo, deberá pagar mensualmente el monto de las comisiones y recargos convenidos contractualmente y publicadas por el Banco; en consecuencia, el monto que la parte acreditada entregará al Banco mensualmente, en concepto de cuotas de pago de intereses, abono a capital, comisiones y recargos, será variable de acuerdo a los saldos de su línea de crédito. Ratifica las demás condiciones que constan en dicho documento, que reconoce y confirma las obligaciones contenidas en el documento que se autentica. Doy fe que dichas firmas son auténticas por haber sido reconocidas ante mí por los comparecientes. Explicué a los otorgantes los efectos legales de esta acta notarial que consta de **UNA** hoja y que ha sido iniciada al final del contrato que se reconoce. Leída que les fue por mí, íntegramente y en un solo acto no interumpido, ratifican su contenido y firmamos. Doy fe.

f. _____
Banco Agrícola, S.A.

f. 
Deudor

f. _____
Notario



Ref 4550 0103 2599 1441

PAGARE
Dirección :PROLONGACION 12 CALLE PTE.Ñ39 BARRIO
CONCEPCION SAN VICENTE

Por este PAGARE, sin protesto el día _____ del año _____ me (nos) obligo(amos) a pagar incondicionalmente, en la ciudad de San Salvador, a la orden del BANCO AGRICOLA, S.A., entidad Bancaria del domicilio de ciudad de San Salvador, la cantidad de CUATROCIENTOS DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA, más intereses en la misma moneda del **CUARENTA Y UN PUNTO NOVENTA** por ciento anual sobre saldos, ajustables pagaderos Mensualmente. Para la información del cliente se hace constar que la tasa de interés efectiva anualizada es de **CUARENTA Y UN PUNTO NOVENTA por Ciento Anual. (41.9%)** La tasa nominal de intereses se ajustará quincenalmente a opción del Banco, el día uno y quince de cada uno de los meses comprendidos dentro del plazo, manteniendo un diferencial de Diez puntos Arriba con relación a la tasa de referencia única publicada por el Banco, que en esta fecha es del Diez punto Cincuenta. En caso de mora; sin perjuicio del derecho del Banco a entablar acción ejecutiva, la tasa se aumentará en Doce puntos arriba de la tasa vigente y se calculará sobre el saldo en mora. Para todos los efectos judiciales o extrajudiciales las variaciones de la tasa de interés aplicada a esta obligación se probarán plena y fehacientemente con la constancia extendida por el condor del Banco con el visto bueno del Gerente, la cual desde hoy acepto (amos).

Para los efectos de esta obligación mercantil, fijo (amos) como domicilio especial la Ciudad de San Salvador.

Serán a mi Cargo, Cualquier gasto que el banco hiciere en el cobro de este pagaré, inclusive los llamados personales y aún Cuando por regla general no hubiere condenación en costas.

Lugar y Fecha: **SAN VICENTE, 07 de OCTUBRE del 2005**

(f).

Nombre: **ANÁ LETICIA ALVARADO HERNANDEZ DE GOMEZ**

DUI:

CERO UNO CINCO CUATRO TRES NUEVE CUATRO CUATRO DOS