

**UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LAS
ÁMERICAS VICERRECTORÍA ACADÉMICA**

ESCUELA DE DERECHO

**DIAGNÓSTICO DE LA LEGALIDAD DEL COBRO DE UN
SOBREGIRO DE UNA TARJETA DE CRÉDITO A UN
FIADOR MEDIANTE CERTIFICACIÓN DE CONTADOR
PÚBLICO AUTORIZADO EN EL NUEVO CÓDIGO
PROCESAL CIVIL**

MODALIDAD DE TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO

AUTORA: MARÍA JOSÉ CHAVES GRANADOS.

TUTOR: CARLOS MEJÍAS RORDRÍGUEZ

SEDE ARANJUEZ

MARZO, 2019.

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Chaves, G. María José. *Diagnóstico de la legalidad del cobro de un sobregiro de una tarjeta de crédito a un fiador mediante certificación de contador público autorizado en el nuevo código procesal civil*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad Internacional de las Américas. San José, Costa Rica, 2019.

Agradecimientos

Al Licenciado Carlos Mejías, por su apoyo y guía durante la investigación, por ser tan comprometido y responsable, además de compartir su amplio conocimiento conmigo.

A Álvaro Zúñiga por ser el gran compañero que cualquiera pudiera desear y ser mi apoyo incondicional, gracias por todo.

Dedicatoria

En primer lugar, a Dios por permitirme llegar a concluir un paso más en mi formación profesional, además de darme los mejores padres.

A mi mamá por siempre apoyarme desde el día número uno, por dar todo y más de lo que puede para que nunca me falte nada, este éxito es por y para ella.

A mi papá por escucharme siempre, por ser tan comprensivo y siempre estar ahí para apoyarme, porque cualquier día gris con su compañía se torna alegre.

A mi tía Silvia por ser como una segunda mamá, por ser mi confidente y apoyo, además de que siempre me da sus mejores consejos y me escucha, Tío Fabio por ser tan atento y especial todo el tiempo.

RESUMEN

La presente investigación surge debido a la problemática que se vive en Costa Rica en torno al cobro de sobregiro de tarjetas de crédito hacia fiadores mediante certificación de CPA, misma investigación que se concentra en lo relativo al sobregiro, el contrato de fianza como instrumento de garantía accesorio y la certificación de CPA como título ejecutivo dentro del proceso monitorio dinerario, todos estos aspectos fundamentales logran determinar la validez de ejecutarse dichos cobros hacia un fiador, sin embargo, ante esta panorama nacen varias interrogantes, que se logran resolver con la recabación de información proveniente de doctrina, jurisprudencia y de expertos.

El objetivo principal de este estudio es diagnosticar la legalidad del cobro de sobregiros hacia fiadores por medio de certificación de contador público autorizado, en razón a esto se utilizó un enfoque cualitativo porque se realiza la investigación en el ambiente natural del derecho comercial, dicho enfoque permitió llegar a conclusiones mediante la aplicación del instrumento de la entrevista; una de las principales determinaciones es la inexistencia de habilitación legal para que el CPA incluya dentro de la certificación a un fiador.

Así mismo, en la recolección de información participaron expertos en las diferentes áreas de este tema, se contó con la participación de cuatro profesionales, el Licenciado Alfredo Mata Jefe de la Fiscalía del Colegio de Contadores Públicos, el Doctor Sergio Artavia co-redactor del actual Código Procesal Civil, la Licenciada Kattia Chaves Jefa del departamento de educación al consumidor del MEIC y el Licenciado Andrés Sanabria Jefe del departamento Dirección de apoyo al consumidor del MEIC.

La participación de los expertos fue primordial debido al vacío jurídico y al poco estudio que existe sobre el cobro de sobregiro de Tarjetas de Crédito hacia fiadores, permitiendo que se lograran hacer recomendaciones para evitar normativa escueta y un poco confusa, siendo que una de las principales recomendaciones es la regulación de una serie de requisitos de validez para la certificación del CPA como título ejecutivo, así mismo, la adecuación del término “sobregiro” en la legislación costarricense.

Lista de Acrónimos

A continuación, se presentarán el significado de las abreviaturas utilizadas durante el desarrollo de la presente investigación.

CPA: Contador Público Autorizado

Cbb: Cuenta Corriente Bancaria

Contenido

Capítulo I. Introducción.	9
Planteamiento del problema	9
Objetivos	16
Objetivo General	16
Objetivos Específicos.....	16
Justificación	17
Antecedentes.	22
Proyecciones	54
Capítulo II: Marco de Referencia	56
Sistema de tarjeta de crédito y el instituto del sobregiro	56
Antecedentes del crédito.	56
Origen de la tarjeta de crédito en el mundo y en Costa Rica.	61
Concepto y Naturaleza Jurídica.....	67
Sistema de Tarjeta de Crédito, Funcionamiento y Estructura.	72
Partes dentro del Sistema de Tarjeta de Crédito.	76
Roles que componen el sistema.	79
Elementos y Contratos que conforman el sistema de tarjeta de crédito.....	81
Relación Contractual entre Entidad Emisora y Usuario.....	82
El Sobregiro en el Contrato de Tarjeta de Crédito.	91
Relación Contractual Entre el Emisor y el Comercio Afiliado.	94
Relación Contractual entre el Comercio Afiliado y el Usuario.	97
Instrumentos de garantías dentro del contrato de tarjeta de crédito	101
Letra de Cambio.	103
El Pagaré.	105
El Aval.....	106
La Fianza.	107
Proceso de Cobro para Sobregiros de Tarjetas de Crédito en el actual Código Procesal Civil	124
Antecedentes y Evolución del Procesos de Cobro Judicial en Costa Rica.	124
Surgimiento de la Certificación de Contador Público Autorizado como Título Ejecutivo..	127
El Contador Público Autorizado.	131
La Certificación de Contador Público Autorizado.....	136
Estructura del proceso de cobro monitorio dinerario según el Código Procesal Civil Costarricense.	145
Capítulo. III: Marco Metodológico	154
Enfoque de la investigación	154
Tipo de investigación	156
Diseño / Método	158

Muestra de la Investigación.....	161
Unidades de Análisis	162
Instrumentos	163
Procedimiento para la recolección de datos.....	164
Método de análisis	165
Capítulo IV: Análisis de resultados	166
Descripción, análisis e interpretación de las categorías de análisis según el marco de referencia:	167
Primera unidad de Análisis: El Sobregiro en la Tarjeta de Crédito	167
A) Contrato de Apertura de Crédito para uso de tarjeta de crédito:	168
B) Sobregiro en la tarjeta de crédito:	174
Segunda unidad de Análisis: La fianza como Instrumentos de Garantía accesorios dentro del contrato de tarjeta de crédito	179
A) La fianza como instrumento de garantía accesorio:	180
B) Límite de responsabilidad:	183
Tercera unidad de Análisis: Proceso monitorio Dinerario.....	185
A) Certificación de CPA como título ejecutivo en el proceso monitorio dinerario:	186
B) Proceso de cobro y la Carga de la prueba:	192
CAPÍTULO V: Conclusiones y Recomendaciones.....	197
Conclusiones	197
El contrato de Tarjeta de Crédito y el Instituto del Sobregiro	197
Contrato de fianza y su límite de responsabilidad.....	199
Proceso Monitorio Dinerario por medio de una certificación de Contador Público Autorizado	201
Diagnóstico de la legalidad del cobro de un sobregiro de una tarjeta de crédito a un fiador mediante certificación de contador público autorizado en el nuevo Código Procesal Civil	202
Recomendaciones	203
Recomendación respecto al sobregiro en la tarjeta de crédito	203
Recomendación respecto a la fianza dentro del contrato de tarjeta de crédito y su límite de responsabilidad.....	204
Recomendación con respecto al Proceso Monitorio Dinerario mediante certificación de Contador Público Autorizado.....	206
Referencias	208
Apéndice.....	214

Capítulo I. Introducción.

Planteamiento del problema

Para dar inicio al establecimiento de la problemática que interesa para esta investigación cabe destacar que la presente investigación inicia bajo la premisa de buscar la solución ante una situación determinada, por lo que al plantearse la siguiente problemática se dejará en evidencia la existencia de carencias en torno al tema de cobro de sobregiros hacia fiadores, mismo que me permito explicar. Para Hernández, Fernández y Baptista (2014) plantear el problema significa “afinar y estructurar más formalmente la idea de investigación” (p.36). Expuesto lo anterior, es importante conceptualizar el fenómeno que queremos estudiar, así mismo, conocer los elementos que lo distinguen para poder comprender la intensión y necesidad de desarrollar el presente análisis. Como aristas importantes dentro de la problemática que busco desarrollar encontramos conceptos importantes necesarios de comprender para ahondar en el asunto, por lo que procederé a hacer una breve definición de cada uno de ellos.

Como primer punto, la tarjeta de crédito es un plástico en sí que representa la relación contractual existente entre el tarjetahabiente y la entidad emisora, en otras palabras, la tarjeta de crédito es la consecuencia material y un elemento identificatorio de quienes contrataron la apertura de una línea de crédito para el uso de una tarjeta de crédito con una entidad emisora de esta.

Existen muchas definiciones, algunos autores la definen desde su aspecto funcional otros desde su naturaleza jurídica, no obstante, la podemos definir como un negocio jurídico complejo que incluye un conjunto de contratos preexistentes los cuales permiten cumplir con su fin primordial, el cual viene siendo el promover la adquisición de bienes y servicios a cambio de una comisión por cada compra a favor de la institución emisora de la tarjeta de crédito.

Así mismo, para entender el sobregiro concepto primordial dentro del enigma que busco abordar es necesario entender el contrato de tarjeta de crédito, ya que el sobregiro es un aspecto que se desarrolla dentro del sistema de tarjeta de crédito y, por ende, dentro de la materia bancaria.

Como sobregiro se entiende según el artículo 632 Bis del Código de Comercio “ un contrato por medio del cual un banco abre un crédito a un cuentacorrentista, para sobregirarse en su cuenta por un monto mayor a sus haberes”.

Por otra parte, el segundo punto importante dentro de esta investigación el cual es trascendental conceptualizar antes de proceder a delimitar la problemática es el contrato de fianza, el cual se conceptúa como un contrato accesorio por medio del cual una persona llamada fiador se compromete a garantizar una deuda ajena ante un acreedor, obligándose a satisfacerla en caso de que el deudor principal no lo hiciera, este contrato se basa en extender la responsabilidad derivada del contrato a otras personas con el fin primordial de darle seguridad al acreedor que va a poder recuperar su crédito ya sea en el patrimonio del deudor principal o en el del fiador.

El último punto sobresaliente, es el proceso monitorio dinerario, el cual se lleva a cabo en la vía judicial para cobrar deudas basadas en documentos públicos o privados, como requisito esencial para acudir a esta vía debe de ser un documento que contenga una obligación dineraria, líquida y exigible, en tenor con el artículo 110 del Nuevo Código Procesal Civil.

Dentro de este proceso como instrumento para compeler el pago de dicha obligación dinerario encontramos la Certificación de Contador Público Autorizado la cual es una afirmación hecha por un contador público autorizado, éste es uno de los profesionales que se encuentra facultado según nuestro ordenamiento jurídico para expresar aquello que es verdad, es decir, que la certificación de contador público sirve para la atestación.

El colegio de Contadores Públicos de Costa Rica lo define “significa que se da fe de lo que se certifica en los términos y con el alcance que en el documento se indica”. El trabajo del Contador Público Autorizado se basa en ejercer la fe pública dándole credibilidad a un asunto que es responsabilidad de un tercero que lo contrató para dichos efectos, por lo que al dar fe el contador público debe tener documentos válidos que el cliente le facilite. Así mismo esta certificación constituye el instrumento base del proceso monitorio dinerario ya que constituye título ejecutivo según el artículo 611 del Código de Comercio.

Aclarado dichos conceptos, es relevante mencionar para la explicación de la problemática, que el mercado de tarjetas de crédito en nuestro país es muy elevado en cantidad, ya que un gran porcentaje de la población posee al menos una tarjeta de crédito, por lo que la problemática en la que nos embarcaremos durante esta investigación es de concurrencia habitual, así mismo, dentro de los antecedentes realizados para el desarrollo de este estudio, se echan de menos investigaciones que incluyan en sus estudios, soluciones en torno al tema, por lo que este vacío de conocimiento debe de subsanarse motivando a la realización del presente análisis.

Como tesis de inicio, en nuestro sistema judicial existe un proceso para cobrar saldos insolutos de transacciones crediticias, las cuales deben estar sustentadas en títulos ejecutivos para que sean factibles a la vía judicial por medio de un proceso monitorio dinerario, dicho proceso tiene como fin compeler el pago de una obligación dineraria que consta en un documento con carácter de título ejecutivo, el documento base de este proceso puede ser suscrito de manera accesoria y unilateral a la transacción crediticia como lo es la certificación de Contador Público Autorizado dentro del contrato de tarjeta de crédito, siendo así, que la certificación de contador público es el título ejecutivo instrumento por medio del cual el acreedor va a recuperar lo dado en crédito ante la existencia de saldos insolutos por parte del deudor principal dentro de la vía judicial.

Según lo anterior, para las obligaciones dinerarias se pueden suscribir dos tipos de instrumentos de garantía, ya sea real o personal, cuyo fin es asegurar el pago de dichas obligaciones, en la garantía real podemos ver que existen la hipoteca y la prenda, sin embargo, no son objeto de análisis en el presente estudio y gozan de un proceso especial para su ejecución; por otro lado dentro de las garantías personales tenemos la figura del aval y la del fiador, ésta última figura del fiador es primordial en la delimitación de la problemática de la presente investigación.

Con la idea de entrar en el contrato de fianza por ser el extremo fundamental para entender la problemática, el código de comercio expresa que la fianza es mercantil con el solo hecho de que asegure el cumplimiento de un acto o contrato de comercio, la misma al ser mercantil siempre es solidaria salvo pacto en contrario, esto último con base en el artículo 509 del Código de Comercio.

Un aspecto importante para comprender la problemática que busco abordar, es que la fianza suscrita como instrumento de garantía dentro del contrato de tarjeta de crédito constituye un contrato accesorio al contrato de tarjeta de crédito, la misma al ser mercantil y encontrarse regulada en el artículo 510 del Código de Comercio, no puede exceder la obligación principal, debido a que expresamente en nuestro ordenamiento jurídico se señala que cualquiera que sea su monto no podrá exceder de la obligación principal.

Artículo 510: La fianza se ha de contraer necesariamente por escrito, cualquiera que sea su monto y no podrá exceder de la obligación principal

Aquí es donde encontramos una deficiencia, ya que como nacimiento de la relación contractual, al deudor principal o también llamado tarjetahabiente al momento de suscribir el contrato de apertura de línea de crédito para el uso de una tarjeta de crédito, la entidad emisora le solicita aportar como requisito una garantía personal, que en este caso viene a ser un fiador; el banco o entidad financiera emisor de la tarjeta de crédito al habilitarle al tarjetahabiente una línea de crédito rotativa lo hace mediante un contrato de adhesión el cual contiene un límite de crédito, dicha línea de crédito constituye la obligación principal por la cual el fiador de aceptar va a responder con su propio patrimonio.

La problemática se encuentra al momento en que al tarjetahabiente le aumentan el límite de la línea de crédito con tan solo una notificación de estado de cuenta como se aplica en la práctica, sin siquiera su petición o consentimiento, al mismo tiempo que al fiador nunca se le notifica dicha modificación, ni mucho menos consiente garantizar ese nuevo cambio, así mismo, se repite al momento en que el tarjetahabiente se sobregire en su límite de crédito, dicho sobregiro siempre constituye un monto indefinido, por lo que posteriormente al encontrar el emisor un estado de mora con respecto a saldos de la línea de crédito, procede a utilizar la certificación expedida por un CPA como título ejecutivo para obligar el cumplimiento de la obligación principal al fiador dentro de un proceso monitorio dinerario, sin embargo, la obligación que se somete en el proceso judicial no es la obligación original consentida por el fiador, es decir, se omite totalmente la aplicación del artículo 510 mercantil que expresamente indica que el fiador nunca podrá obligarse por más que el deudor, sin mencionar que se violentan de gran manera los derechos del fiador como consumidor,

ignorándose las garantías que la ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor contiene.

Al momento del fiador aceptar y firmar se compromete solamente por la obligación principal, es decir el límite que el aceptó garantizar en el contrato de adhesión original. Por lo que ante un eventual aumento en el límite de crédito o la existencia de un sobregiro que no se conoce su monto, no puede omitirse el consentimiento del fiador, ya que éste debe referirse al respecto y expresar si acepta seguir garantizando dicha obligación, debido a que no se puede obligar al fiador a algo futuro e incierto, aunque si bien la obligación es líquida, futura y posible, no es cierta por no saberse de cuanto será el sobregiro.

Como señalé anteriormente, la figura del fiador es mercantil dentro del contrato de tarjeta de crédito, así mismo, es solidaria según el artículo 509 mercantil, no obstante, existe una pluralidad de interpretaciones en torno a la problemática, por una parte los juzgados de nuestro país y por la otra la interpretación de los abogados litigantes en sus apelaciones, por un lado la jurisprudencia reiteradas veces ha aceptado que el contador público certifique montos superiores al contrato de tarjeta de crédito siempre y cuando se proceda en un desglose para conocer su origen, así mismo, ha admitido que el contador incorpore a un fiador dentro de la certificación, es decir nuestros jueces aprueban que se certifique el tipo de deudor en contra de quien se va a ejecutar la certificación de contador público.

Por el otro lado, tenemos la interpretación del artículo 611 del código de comercio el cual crea la certificación de contador público como título ejecutivo, el mismo ha sido objeto de confusión para algunos abogados litigantes debido a su redacción no precisamente clara, ya que en sus alegatos algunos sostienen la postura de que la certificación de contador público solamente puede contener sobregiros por lo que no puede utilizarse para cobrar saldos de tarjetas de crédito, algunos otros son de la postura de contrario sensu, en donde alegan que la certificación debe contener solo saldos y no los sobregiros, sin embargo, toda esta laguna normativa ha sido subsanada por la jurisprudencia, no obstante se echa de menos la forma en que se aplica la normativa al tratarse de someter al fiador solidario a responder mediante una certificación de contador público autorizado como título ejecutivo dentro de un proceso judicial monitorio dinerario por un sobregiro,

es decir, por una suma que excede la de la obligación principal y que en principio éste nunca expresamente consintió por no conocerse su valor, omitiéndose toda la normativa existente sobre el contrato de fianza.

En resumen, el problema lo vemos en la utilización de la certificación de contador público para acreditar el cobro de un sobregiro realizado por el deudor principal y el cual el fiador no aceptó en el contrato de tarjeta de crédito, ya que si bien sí firmó para garantizar un monto determinado; al existir una modificación en el límite o un sobregiro, por el solo hecho de ser solidaria la figura se le obliga a dicho cobro, sin hacer un análisis de cual es la obligación original y principal que esta garantizando.

La certificación de contador público autorizado no contiene los requisitos expresos en el artículo 670 del Código de Comercio referido a los títulos valor, ni tampoco la normativa menciona los requisitos mínimos que debe contener, a pesar de ello, tampoco contiene los principios de los títulos valores, por lo que no se puede ver como título valor, solamente como título ejecutivo.

Después de haber descrito la problemática, encontramos que es de suma importancia regular y aclarar el límite de la fianza mercantil dentro de un contrato de tarjeta de crédito, para que la laguna jurídica que existe en el tema de tarjetas de crédito y sobregiros, se logre subsanar y proveer de seguridad jurídica a las personas que fungen como fiadores de un contrato de tarjeta de crédito, ya que existe una potencial deficiencia en el conocimiento de la población sobre la validez del uso de la certificación de contador público para estos fines hacia un fiador.

Por lo general el fiador es la parte más vulnerable de la relación contractual, ya que no cuenta con estados de cuenta y en algunos casos ni siquiera cuenta con el contrato de tarjeta de crédito que aceptó garantizar, empero, si no cuenta con los medios para asesorarse legalmente existe el Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC), que fungen como defensor del consumidor y conoce de conflictos en donde se vulneren los derechos al consumidor regulados en la ley número 7472 de Promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor, sin embargo, el MEIC no tiene registro de resoluciones de casos similares a la problemática anterior descrita.

Por tanto, sobresale la necesidad de reformar el artículo 611 del Código de Comercio ya que su interpretación se presta a la confusión, entre la figura del fiador solidaria dentro de un contrato de tarjeta de crédito y el hecho de no poder exceder la obligación principal regulado en el artículo 510 del mismo cuerpo normativo.

Siendo éste un problema de posible concurrencia debido a la cantidad de tarjetas de crédito que ofrece el mercado, vemos de suma importancia analizar detenidamente el hecho de que la población no tiene la capacidad de comprender las consecuencias legales que pueden llegar a ocurrir al brindar una fianza, a menos de que se asesoren legalmente antes de aceptar la fianza.

Un dato que confirma la cantidad de tarjetas de crédito existentes en el mercado costarricense, es el estudio realizado por el MEIC en el año dos mil dieciséis en donde dice: El 60% de los usuarios no pagan las tarjetas al día, los consumidores gastan en promedio el 18% más cuando usan tarjetas, el 70% de quienes se declaran en quiebra es a causa de las tarjetas de crédito, se incrementó el saldo en un 21% con respecto al año anterior, aumentaron las tarjetas en circulación en un 11% y cuatrocientos treinta mil es el saldo promedio por tarjeta.

A la luz del análisis del fin y objetivo de la “Libertad Financiera” propuestos por el Ministerio de Economía Industria y Comercio que dice: “Es proteger, efectivamente, los derechos y los intereses legítimos del consumidor, la tutela y la promoción del proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención, la prohibición de monopolios, las prácticas monopolísticas y otras restricciones al funcionamiento eficiente del mercado y la eliminación de las regulaciones innecesarias para las actividades económicas” tampoco encontramos una respuesta explícita a la problemática delimitada.

Así mismo la problemática se reduce en la siguiente pregunta:

¿Es viable jurídicamente el uso de una certificación de contador público autorizado para cobrar un sobregiro de tarjeta de crédito a un fiador dentro del ordenamiento jurídico costarricense?

Objetivos

Objetivo General

- Diagnosticar la legalidad del cobro de un sobregiro de tarjeta de crédito a un fiador mediante certificación de contador público en el nuevo Código Procesal Civil de Costa Rica.

Objetivos Específicos.

- Detallar el contrato de tarjeta de crédito en especial el instituto del sobregiro dentro del ordenamiento jurídico costarricense.
- Comprender el contrato de fianza como instrumento de garantía dentro del contrato de tarjeta de crédito, así como el límite de responsabilidad.
- Evaluar la legalidad de la utilización de la certificación de contador público como título ejecutivo para el cobro de sobregiros hacia fiadores dentro de un proceso monitorio dinerario del nuevo código procesal civil de Costa Rica.

Justificación

Conveniencia.

Es de suma relevancia realizar la presente investigación ya que nuestro país contiene un gran índice de personas usuarios de tarjetas de crédito, según el Ministerio de Economía Industria y Comercio “MEIC” existen cuatrocientos sesenta y dos tipos de tarjetas de crédito por treinta y un emisores existentes según el último estudio trimestral de tarjetas de crédito del 2018, por lo que resulta muy habitual que se utilice una certificación de contador público como medio de cobro de sobregiros hacia un fiador, tal cuestión genera duda sobre si se violenta los derechos de las personas que fungen como fiadores.

Según artículo 510 de nuestro código de comercio el fiador se obliga por una determinada suma que representa la obligación principal, empero, como consecuencia de una laguna jurídica en nuestra reglamentación sobre el marco de aplicación y las limitaciones sobre la certificación de contador público autorizado; nuestros Tribunales de Justicia han interpretado que la utilización de dicha certificación puede tomarse como documento base dentro de un proceso judicial para el cobro de sobregiros de tarjeta de crédito hacia un fiador; dicha interpretación producto de una recopilación de doctrina y de principios generales del comercio.

A causa de lo anterior, es que encontramos adecuado indagar sobre dicha problemática ya que se deja una gran incertidumbre con respecto a la posibilidad de que existan abusos hacia los derechos de los fiadores como consumidores dentro de dichos proceso cobratorios, así mismo, duda al respecto de si a la figura de la fianza le alcanza o no dicha responsabilidad de un sobregiro; por lo que resulta conveniente hacer un análisis de dichas figuras examinando la normativa que envuelve la figura de del contrato de fianza, en contraposición, con el instrumento utilizado como título ejecutivo dentro del proceso monitorio dinerario, siendo éste instrumento la certificación de contador público autorizado.

En el mismo orden de ideas, se encuentra una contraposición de figuras, ya que por una parte, el ordenamiento habilita la utilización de la certificación de contador público dándole

carácter de título ejecutivo para someter a cobro saldos provenientes de una línea de crédito para el uso de una tarjeta de crédito, así mismo, basándose en la normativa los Tribunales de Justicia han reiterado su criterio en donde es admisible los procesos de cobro basados en certificación de contador público, no obstante, por el otro lado, encontramos que la figura del fiador responde solidariamente dentro de un contrato de tarjeta de crédito, sin embargo, solamente por la cantidad contraída por escrito y consentida por dicho fiador en el contrato de adhesión, a diferencia de lo que significa un sobregiro en donde el fiador nunca emite su aceptación a obligarse por más de lo pactado; además de sobrepasar la obligación principal, es decir, omitiéndose la aplicación del artículo 510 mercantil; por lo que, como consecuencia vemos de urgente necesidad la existencia de regulación ya sea adicionando o modificando la normativa existente respecto al tema para proveer de seguridad jurídica llenando los vacíos jurídicos concernientes a la figura del fiador en tarjetas de crédito y evitar analogías inexactas.

Descrito lo anterior, es objetivo de esta investigación que se determine la validez o la legalidad de la utilización de dicha certificación para el cobro de sobregiros de una tarjeta de crédito hacia un fiador, ya que si bien el código de comercio en su artículo 611 habilita la utilización de la certificación antes mencionada, para el cobro de sobregiros de tarjetas de crédito, no la vemos habilitada hasta el momento para la figura del fiador, en el artículo 510 del mismo cuerpo normativo expresamente menciona que la figura del fiador cualquiera que sea el monto que garantice no puede exceder de la obligación principal. Siendo necesario incluir al ordenamiento jurídico costarricense normativa con respecto al límites de responsabilidad del fiador sobre casos tan específicos como lo es dentro de un contrato de tarjeta de crédito.

Relevancia Social.

En el desarrollo de buscar una respuesta al objetivo general trazado al inicio, se busca poder generar un cambio en la seguridad jurídica que gozan las personas que figuran como fiadores dentro de un contrato de tarjeta de crédito, ya que muchos de ellos por falta de conocimiento, mal asesoramiento además de las escasas herramientas para defender sus derechos, se han sometido a posibles procesos monitorios dinerarios injustificados por el cobro de dichos sobregiros, todo esto bajo el criterio que se ha utilizado en la práctica de que la certificación sirve para el cobro hacia

fiadores, siendo éste el instrumento base para cobrar saldos de líneas de crédito por el uso de tarjeta de crédito, sin importar los montos que incorpore la certificación, mientras que éstos sean desglosados; criterio que ha sido reiterado por la jurisprudencia de nuestros Tribunales.

La citada situación como consecuencia de un vacío jurídico provoca una transgresión a los derechos del fiador, que ocurre al momento de someter a éste último al cobro de una obligación que supera la obligación principal, violentando la aplicación del artículo 510 comercial, omitiéndose el consentimiento del fiador, el cual de haber tenido conocimiento de antemano, posiblemente deniegue su consentimiento al garantizar el contrato de tarjeta de crédito, por lo que dicha situación evidencia la necesidad de una mejora en la regulación costarricense.

La relevancia social de la presente investigación se resume en un beneficio hacia la protección de los derechos de los fiadores, quienes por una escasa regulación han tenido que enfrentar procesos monitorios dinerarios basados en certificación de contador público que contienen sobregiros dejándolos indefensos, siendo que así sabrán a que se obligan al garantizar un contrato de tarjeta de crédito o caso contrario, podrán defender sus derechos al tener conocimiento de la viabilidad de utilizar las certificaciones de contador público para estos fines hacia ellos, así como la mejora en el conocimiento sobre a cuáles derechos y deberes estarían sujetos.

Implicaciones Prácticas.

Dentro de la problemática que se desarrolló, encontramos que los objetivos propuestos se justifican mediante la necesidad de proveer de una posible solución ante el problema real que se vive en nuestro país conforme a la figura del fiador y el cobro de sobregiros dentro de la tarjeta de crédito, ya que en primer lugar, los tribunales de justicia se encuentran con sobrecargo de procesos monitorios dinerarios, siendo así, que determinando la legalidad del uso de las certificaciones de contador público autorizado para el cobro de sobregiros a un fiador, se puede aplicar su respuesta al ejercicio diario del derecho, por ende, logrando que se disminuya la carga en los juzgados de cobro, y que aquellos procesos de cobro de sobregiros a fiadores basados en certificaciones de contador público autorizado cuenten con un marco jurídico regulatorio.

Además, resolverá el problema que enfrentan ciudadanos que fungen o han fungido como fiadores en algún momento, dotándoles de herramientas que respalden su defensa para no tener que soportar procesos sin el conocimiento debido o indefensos, pudiendo dotárseles de seguridad jurídica ante situaciones como las que delimitamos en la problemática.

Valor Teórico.

Al encontrar una posible solución a la problemática, ésta va a convertirse en un aporte de valor teórico en materia de cobro, ya que servirá para rellenar el vacío jurídico que se ha venido desarrollando con respecto a los procesos monitorios dinerarios y los fiadores, en donde por no existir normativa que habilite o no expresamente el uso de las certificaciones de contador público para el cobro de sobregiros hacia un fiador, se ha permitido su utilización en la práctica por analogía; el valor teórico de esta investigación radica en que dotará de conocimiento a los consumidores que fungen como fiadores y a los abogados litigantes para que puedan hacer una defensa correcta basada en la normativa que se debe aplicar, por ende se aumentará el conocimiento sobre aspectos como la tarjeta de crédito, la certificación de contador público y el contrato de fianza.

Con la aportación de tal conocimiento, se permitirá el desarrollo de posteriores teorías para situaciones similares con otros tipos de garantías, así añadiendo cada vez más herramientas a nuestro sistema jurídico para ir eliminando la incertidumbre jurídica y evitar interpretaciones incorrectas.

Utilidad Metodológica.

La presente investigación puede ayudar en la enseñanza del derecho comercial, ya que contribuye a la definición exhaustiva del concepto de fiador y su contrato, además puede lograr mejoras en el contrato de tarjeta de crédito, por lo que tendrá un importante valor en la enseñanza tanto en universidades, como en abogados litigantes porque generará un cambio en la forma de ver la figura de la fianza mercantil solidario dentro del contrato de tarjeta de crédito.

Adicionalmente, en la presente investigación se desarrolla un arduo análisis sobre la figura del fiador, el contrato de tarjeta de crédito, el proceso de cobro monitorio dinerario y el instrumento para llevar a cabo dicho cobro: la certificación de contador público autorizado, ya que son conceptos de habitual uso en el derecho comercial costarricense.

Antecedentes.

Desarrollo Histórico del Derecho Comercial.

Es importante antes de iniciar la lectura de la presente investigación que se conozcan los orígenes del comercio y como llegó este fenómeno a nuestro país, para entender todo el panorama completo abarcaremos las diferentes etapas y teorías de distintos autores sobre la evolución del comercio hasta lo que es hoy en día, tanto como los principios, fuentes e instituciones que contiene.

Para entender la evolución histórica del Derecho Comercial procederemos a dividirlo por etapas, para poder distinguir en como y cuando se perpetuó la teoría de la desmaterialización del dinero y llegando como consecuencia de esto la tarjeta de crédito, que más adelante analizaremos exhaustivamente. El derecho comercial en principio “es una fórmula convencional con la que tradicionalmente se indica un conjunto orgánico de normas dirigidas a regular una cierta categoría de relaciones privadas individualizadas convencionalmente: la de las relaciones comerciales” (Certad, 1998, p.19).

Existen diferentes teorías sobre como surgió el derecho comercial, si bien se tiene claro que fue en la edad Antigua, gran cantidad de autores tienen un lugar geográfico distinto al cual atribuirle el inicio de este derecho. Sin embargo, los grandes doctrinarios del Derecho Comercial al leerse sus obras coinciden en que su desarrollo se puede dividir en tres periodos.

Afirmando lo anterior Certad Maroto (1998) sostiene que el primer periodo inició del siglo XII hasta los años 1550, la segunda etapa termina con la codificación napoleónica en 1808, y con esta se da el inicio del tercer y último periodo.

La primera etapa que estudiaremos es la Edad Antigua, es claro que en la antigüedad existieron pueblos comerciantes que buscaron que existiera un grado determinado de civilización, por lo que cuando el hombre ya no pudo producir lo que necesitaba surgió el trueque, al respecto Olavarría (1970) menciona:

Primitivamente se practicó el trueque o intercambio de cosas; posteriormente, con la creación de la moneda, que sirvió de medida de valores y medio de pago, adquiere el contrato de compraventa excepcional importancia y por consiguiente el comercio se desarrolla apreciablemente. (p.12)

Es por lo anterior, que se esclarece que en la antigüedad cuando el ser humano no podía producir lo necesario para su subsistencia, lo obtenía por medio del trueque o cambio directo de bienes y servicios, conforme aumentaba las necesidades era más difícil encontrar a alguien que necesitara lo que otro estaba ofreciendo para el cambio, consecuencia de esto se dio el cambio indirecto el cual consistía en cambiar un bien por otro que no iba a satisfacer una necesidad directamente pero que serviría para ser cambiado por aquello que después si se iba a necesitar.

Como hemos mencionado, hay teorías que difieren en el lugar de inició, una de ellas es la que propone Certad Maroto (1998) que menciona que Italia es donde encontramos los orígenes del derecho comercial, siendo este un derecho de clase, esencialmente subjetivo.

En la antigüedad los indios y los chinos fueron los primeros en ejercer prácticas comerciales, siguiéndoles a estos los egipcios y árabes. Egipto y Francia desarrollaron un comercio interno y externo. Sin embargo, en esta etapa de la Edad Antigua los únicos rasgos de Derecho Comercial se ven constituidos en las leyes Rhodias que fueron conocidas a través del Derecho Romano.

En dicha época, existieron muchos institutos, principalmente referidos al Derecho Comercial Marítimo, que debieron ser los únicos de los cuales existía necesidad de regular, dichas disposiciones se incorporaron al Digesto en un título llamado “Legis Rhodia de Jactum”, a diferencia del derecho civil, El Derecho Comercial Romano no era de gran importancia porque este pueblo no era un pueblo comerciante, debido a que los romanos consideraban la práctica comercial como una profesión servil y merecedora de desprecio, como consecuencia de esa consideración la Nobleza se encontraba prohibida para practicarla, pero encontraron maneras de ejercerla de igual modo, esto lo lograron por medio de los Subterfugios, en donde construían peculios en los esclavos llegando a parar en sus manos cualquier ganancia.

Según las condiciones expuestas, le fue tremendamente difícil al derecho comercial progresar y con esto las instituciones jurídicas, por lo que algunas disposiciones relativas a la materia comercial se mezclaron con otras leyes de otro tipo de materia, en dicho Digesto encontrábamos diferentes instituciones comerciales como el cambio, el contrato de préstamos a la gruesa, la quiebra, pero una de las instituciones que adquirió un mayor auge fueron los representantes comerciales, esto debido a la nobleza y su exclusión del ejercicio comercial antes expuesto.

El alcance más importante del Derecho Romano Comercial se basó en el pretor, quienes concedían acciones como la institoria y la exercitoria que las podían ejecutar contra el dueño de un establecimiento mercantil o una nave, siendo que hasta aquí se limitó este derecho comercial en la edad antigua.

Resulta importante destacar que en la época antigua no existía en Roma un Derecho Comercial separado del Derecho Civil, como actualmente ocurre en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, ya que, aunque en la antigüedad el derecho comercial era una práctica particular, no era una práctica del todo autónoma con respecto del derecho civil.

Según lo anterior, Broseta Pont (1983), citado por Espinoza (s.f) señala:

El Derecho mercantil nace y, posteriormente, subsiste como Derecho especial frente al Derecho común o civil. Del primero se afirma corrientemente –afirmación que puede extenderse a otras disciplinas jurídicas- que constituye una *categoría histórica*. Lo cual se comprende por varias razones. (p.42)

Siendo así, el Derecho Comercial no se convirtió en categoría autónoma hasta la Edad Media, etapa que abarcaremos más adelante, esto como categoría histórica, y como hemos detallado, surgió al lado del derecho privado y por ende del derecho civil, por la existencia de exigencias que no eran satisfechas por el derecho civil.

Afirmando lo anterior, Mora (1982), citado por Espinoza (s.f) señala que “No existió en Roma un derecho comercial independiente del tronco común, del *ius civile*. Existieron algunas instituciones, que hoy podríamos llamar de derecho comercial, pero en forma muy aislada...” (p.47). El *Ius Civile* regulaba relaciones entre los ciudadanos Romanos, sin poseer reglas con respecto a los intercambios comerciales, los cuales hemos señalado anteriormente eran catalogados como prácticas de desprecio, incluso para las clases plebeyas.

Antes de embarcarnos a la siguiente etapa de la evolución histórica del Derecho Comercial, concluimos la Edad Antigua, remarcando que el “comercio” en Roma tenía un carácter externo, ya que era ejercido por extranjeros como lo eran los peregrinos y no por los ciudadanos romanos, es decir que no es posible encontrar una disciplina positiva de la actividad mercantil típicamente en Roma.

La Edad Media abarca desde el siglo XI al XVI, siendo que según Mora (1982):

En un principio el derecho comercial nace por imperativo de la realidad, como necesidad de creación consuetudinaria de normas que regulen la actividad de una clase social que está naciendo conjuntamente y por influencia del renacimiento económico de la Europa Medieval. (pp.19-21)

En el mismo sentido, Certad (1998), citado por Espinoza (s.f) menciona:

El derecho comercial surge como una expresión autónoma del ramo mercantil y artesanal, fruto de la emancipación de ese sector de la economía y de la creación de la organización corporativa de las artes y de los oficios... El paso de la civilización feudal, basada en la riqueza inmobiliaria y en una economía esencialmente agrícola, a una civilización nueva basada sobre todo en la riqueza mobiliaria y en la libre iniciativa en el campo del tráfico mercantil y de la producción artesanal, hace sentir la insuficiencia e inadecuación del derecho romano común y conduce a la creación de un nuevo sistema normativo, elaborando a través de los usos mercantiles y de los estatutos de las corporaciones, en el ámbito de la

clase mercantil y artesanal, las cuales dan origen también a los problemas que esas normas están llamadas a solventar. (p.3)

Para los comerciantes fue difícil encontrar una solución a los problemas que les traían las actividades económicas, por lo que establecieron un sistema no privilegiado para resolver jurisdiccionalmente los problemas producidos entre ellos, dicho sistema es de tipo subjetivo, es decir fue creado por cierta categoría de sujetos miembros del grupo de comerciantes.

Como señalé, predominaba un sistema subjetivo de normas, que iba dirigido a una categoría determinada de profesionales, los cuales eran comerciantes, quienes estaban inscritos en los libros de las corporaciones medievales, además era subjetivo porque las relaciones eran de naturaleza comercial.

Se suele decir que el derecho comercial es separado del derecho civil en sus fuentes y en la jurisdicción, esta independencia de las fuentes en la edad media la vemos reflejada en que sus normas fueron elaboradas por los comerciantes incorporándolas a los estatutos de las corporaciones, y la independencia con respecto a la jurisdicción, las controversias eran dirigidas a una jurisdicción especial a cargo de los cónsules.

Mora (s.f), citado por Espinoza (s.f) nos define quien era cónsul en la Edad Media:

El cónsul viene a ser equivalente a aquella institución política romana, que se llama el praetor. El cónsul en un principio es funcionario, con atribuciones de tipo administrativo, de tipo conciliatorio. Pero esta institución, que insensiblemente nace en un principio para mantener un director administrativo del gremio y un conciliador entre los agremiados, va tomando más fuerza. Sus decisiones cada vez más van entrando en la conciencia del gremio mismo como decisiones de carácter jurídico. Y la primera solución, en vista de que el sistema no es flexible, es tener un cónsul que por lo menos sirva de arbitro. Pero, la derivación lógica de permitirle a un gremio tener un funcionario que venga a dirigir sus problemas de tipo legal, es que sus decisiones con el tiempo se van convirtiendo en norma porque suele reflejar la costumbre. El cónsul lo que hace es decir cual es la costumbre con

respecto a determinadas actividades económicas; a través de él la costumbre de los comerciantes se va convirtiendo en derecho consuetudinario. (p.5)

Esta separación se dio debido a la necesidad de resolver de forma ágil y rápida las controversias, por esto se creó el derecho basado en la costumbre o los usos comerciales, logrando constituirse el “Derecho comercial como un derecho sustancialmente uniforme, ya que las resoluciones de los cónsules tendieron a tal uniformidad, e incluso se hicieron colecciones de estas... y hasta se reprodujeron en los Estatutos de las respectivas corporaciones”. (Espinoza, 2013, p.5).

En esta época surgen muchos institutos que hoy en día son indispensables en el ejercicio del derecho comercial como lo son la letra de cambio, el contrato de seguros, la quiebra, títulos valores y contratos de comercio marítimos. Termina esta época siendo un factor favorable al desarrollo general de la riqueza.

La siguiente y última etapa que abarcaremos será la Edad Moderna que se remonta desde el siglo XVI hasta XIX, se dice que es un sistema predominantemente objetivo, ya que se adoptaron los actos cambiarios y contratos de derecho marítimo a la ley y jurisdicción comercial, pero con respecto a su esencia objetiva, es decir ya no importaba tanto si el que lo ejercía era un comerciante, sino, lo medular era que fueran actos de comercio.

Como consecuencia de la revolución francesa, así como la nueva ideología liberal se abolieron las corporaciones y se da una más penetrante intervención del Estado, como consecuencia:

La noción de comerciante se sustituyó por la de acto de comercio...siendo así que se califica el sistema como objetivo...por cuanto la noción de comerciante no pierde valor. Incluso sirve de base para la presunción de actos de comercio (art. 1. C.com. costarricense). (Espinoza, s.f, p.6)

Según Mora, (1982), citado por Espinoza (s.f) nos distingue que:

A la noción de comerciante se sobrepone la de acto de comercio, de la que la noción misma de comerciante depende; el derecho comercial deja definitivamente de ser un derecho de clase, aplicable únicamente con fundamento en presupuestos subjetivos: del derecho de los comerciantes pasa a ser el derecho de los actos de comercio. (p.23)

Es decir que el comerciante deja de individualizar con base a criterios subjetivos formales, “sino con base en criterios objetivos: es comerciante aquél que realiza actos de comercio como profesión habitual” (Espinoza, s.f, p.6).

En esta Edad Moderna se dio el fenómeno de la codificación y como consecuencia:

El derecho comercial perdió su connotación de derecho de clase, pero no la de “derecho separado”, ya que se promulgaban dos códigos, uno civil y uno comercial. Adicionalmente, cabe indicar que no se perdió la jurisdicción especializada para dirimir controversias comerciales. (Espinoza, s.f, p.6)

El primer Código de Derecho mercantil que existió fue el Código de Comercio Francés de 1807, en donde establecieron un sistema de actos de comercio, empezando por definir quienes son comerciantes e incluyendo una lista de los así considerados actos de comercio.

El Acto de comercio, se convierte así, por la obra de la doctrina, en el parámetro para determinar la materia mercantil: En efecto, si el acto de comercio es la materia de competencia de los tribunales, es entonces lo que define que es la materia mercantil. (Espinoza, 2013, p.8)

Afirmando el hecho de que el primer código de comercio que existió fue el francés en 1807 Kozolchyk (1997) añade:

Con la promulgación de los primeros códigos civiles y comerciales europeos, a partir de los franceses de 1804 y 1807, respectivamente, el Derecho Mercantil pasó a formar parte de la

dicotomía disciplinaria que constituye el Derecho privado de los países del sistema jurídico llamado “romanista”. El derecho civil adoptó el carácter de derecho común aplicable, en principio, a todas las relaciones de Derecho privado, sobre las que ejerce una hegemonía que bien podría calificarse de constitucional. El derecho mercantil, por su parte, constituyéndose en un derecho especial destinado a regular la profesión del comerciante y ciertas operaciones que el legislador francés denominó “actos de comercio”. (p.35)

Como fin de la evolución histórica del derecho comercial procederemos a conceptualizarlo, sin embargo, reiterando lo ya expuesto cabe recalcar que es una “categoría histórica” ya que empezó siendo un derecho creado por y para los comerciantes en su sistema subjetivo asociado en corporaciones, posteriormente pasa a ser un derecho que regulaba los actos de comercio y finalmente lo encontramos como un derecho que “regula la empresa, no solo en lo relativo a los actos y contratos necesarios para su establecimiento sino también para su funcionamiento” (Espinoza, 2013, p. 17).

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

En el mismo sentido, Certad (1998) cita:

Derecho comercial asume un contenido y un significado distinto según el periodo histórico de que se trate, aún así podemos observar como constante la contraposición de un sistema de normas, dictado como consecuencia de las nuevas exigencias e inspirado en nuevos principios. (p.19)

Principios del Derecho Comercial.

Los principios del derecho mercantil están basados en los usos y costumbres regidos en el comercio, son lineamientos que orientan nuestro sistema jurídico. Si bien es cierto son similares a los del derecho civil, sus fuentes son distintas y estos dos sistemas normativos operan sobre ámbitos diferentes.

En materia de comercio el derecho civil puede aplicarse solo cuando se hubiere agotado el sistema de las fuentes propias del derecho comercial y de este sistema sea imposible obtener, por analogía, una norma o principio aplicable al caso concreto. (Certad, 1998, p.24)

El primer principio que mencionaremos es el principio de la autonomía de la voluntad, este principio consiste en la facultad de las partes para acordar lo que deseen, con tal que su expresión de voluntad no contraríe el orden público y las buenas costumbres.

Principio de Buena Fe: Es el modo sincero con que actúan las partes contratantes en un acto de comercio, es decir, es la intención de no engañar a la contraparte, sino más bien, actuar de modo honesto y sincero. Este principio junto con la verdad sabida son principios que tienen todas las prácticas comerciales.

Principio de Verdad Sabida: Este es la presunción de que las partes contratantes conocen la verdad y alcance de sus derechos y obligaciones.

Principio de onerosidad, el presente principio hace referencia a que ningún acto dentro del derecho comercial es gratuito, sino que todo debe tener una contraprestación económica, es decir, que los actos y contratos con fines mercantiles se presumen onerosos en consideración con el ánimo de lucro, este principio se encuentra ligado al principio de intención de lucro el cual se basa en el actuar del comerciante, en donde siempre va a existir la intención de obtener ganancia, que viene siendo la compensación por el riesgo corrido en el negocio.

Otro de los principios que rige en el derecho privado es la libertad contractual o el principio de consensualidad contractual, este hace referencia a la existencia del consentimiento de las partes tanto presentes, como ausentes, y puede ser de dos modos, tácito o expreso.

Fuentes Formales del Derecho Comercial.

Como hemos explicado en el apartado anterior, el Derecho Comercial es parte del Derecho Privado, al igual que el Derecho Civil, pero del cual el Derecho Comercial es un derecho especial porque regula materias propias y especiales que ni siquiera se incluyen en la materia civil, y que solamente a falta de fuentes propias del derecho comercial y que de este sistema sea imposible obtener, por analogía, una norma o principio aplicable al caso concreto, solo en este caso se recurre por vía subsidiaria al derecho civil como derecho común.

En el mismo sentido el artículo 14 del Código Civil nos confirma diciendo:

“Artículo 14.- Las disposiciones de este código se aplicarán como supletorias de las materias regidas por otras leyes”

En el derecho se suelen separar las fuentes formales y los materiales, pero siguiendo la línea de Torrealba (1965), citado por Espinoza (2014):

En el sentido material la fuente está constituida por los factores, elementos o causas que contribuyen a que la norma nazca y hacen que ella tenga un determinado contenido (convicción jurídica de los comerciantes, la tradición, la opinión popular, naturaleza de las cosas y demás factores económicos, políticos y sociales). (p.3)

Sigue Espinoza mencionando que en el sentido formal la “fuente del Derecho es el modo o forma como se exterioriza el Derecho positivo, es decir, proceso de creación de la norma jurídica” (p.3).

Las fuentes formales del Derecho Comercial son la ley, que es la expresión deliberada y reflexiva del poder legislativo del Estado, y por otra parte tenemos la costumbre que es la manifestación espontánea de los comerciantes y de sus necesidades, sobre estas fuentes es que nos adentraremos.

La Ley como fuente formal del derecho comercial, comprende los decretos, resoluciones, circulares y cualquier otra norma jurídica positiva cuyo cumplimiento sea obligatorio por emanar de un órgano competente, En Costa Rica por el término Ley se entiende tanto el Código de Comercio y las leyes comerciales especiales, es la fuente más rica y sistemática de disposiciones relativas al comercio en el ordenamiento jurídico costarricense; tanto así que si alguna ley especial contradice al Código de Comercio, la primera prevalece sobre la última.

Por otro lado, dentro de las fuentes también, tenemos la costumbre que es una fuente dinámica ya que es un derecho no escrito, en igual sentido es una fuente formal importante dentro del derecho comercial, así las cosas, la costumbre tiene rango de fuente solamente porque el propio Código de Comercio, es decir, la fuente principal, la ley, le otorgó tal rango y como consecuencia otorgándole cumplimiento obligatorio.

A efecto de recordar un aspecto importante de la historia del derecho comercial, cabe mencionar que en el inicio del Derecho Comercial la costumbre fue la única fuente que con el tiempo se fue recopilando en los Estatutos de las corporaciones.

Uría y Méndez (s.f), citados por Elizondo (2014) afirman que:

Los usos de comercio son normas de Derecho objetivo nacidas en el ámbito de la contratación mercantil y creadas por la observancia repetida, uniforme y constante de los empresarios en los negocios, bien para suplir la ausencia de regulación legal adecuada, bien para colmar las lagunas que existan en el contenido de los contratos o bien, sencillamente, para resolver dudas en la interpretación de lo convenido. El uso es, pues, la costumbre mercantil. (p.6)

Siguiendo la línea sobre la costumbre, esta consta de dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo, el primero es la repetición general y constante del acto en que consiste la costumbre, sin embargo, no se tiene un tiempo establecido para saber que es costumbre y que no, por lo que ese análisis le corresponde al Juez. El segundo elemento es el convencimiento de que la reiteración es

general, notoria y absolutamente obligatoria, es decir, la persona debe de estar convencida que ese uso y su cumplimiento es obligatorio.

Así mismo, claro está que la costumbre debe ser legítima, no puede ser contra legem, afirmando lo anterior encontramos los artículos 3 y 8 del Código Civil costarricense que mencionan:

Artículo 3° El uso y la costumbre sólo regirán en defecto de ley aplicable, siempre que su existencia haya sido demostrada y no resulten contrarios a la moral o al orden público o a una norma de carácter prohibitivo.

Artículo 8° Las leyes sólo se derogan por otras posteriores y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario. La derogatoria tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá también a todo aquello que, en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogatoria de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado.

Haciendo referencia a la costumbre de igual manera el Código de Comercio cita cuatro artículos referentes a la misma, los cuales procederemos a analizar.

ARTÍCULO 2°.- Cuando no exista en este Código, ni en otras leyes mercantiles, disposición concreta que rija determinada materia o caso, se aplicarán, por su orden y en lo pertinente, las del Código Civil, los usos y costumbres y los principios generales de derecho. En cuanto a la aplicación de los usos y costumbres, privarán los locales sobre los nacionales; los nacionales sobre los internacionales; y los especiales sobre los generales.

El citado artículo se limita a mencionar que los usos y costumbres, serán aplicados, como hemos expuesto con anterioridad a los casos concretos en donde el Código de Comercio, ni las leyes especiales, ni el Código Civil por analogía puedan regularlo.

ARTÍCULO 3º.- Para que la costumbre sea aplicable y supla el silencio de la ley, es necesario que haya sido admitida de modo general y por un largo tiempo, todo a juicio de los tribunales. El que invoque una costumbre debe probar su existencia, para lo cual toda clase de prueba es admisible.

En este artículo vemos, como la misma ley le atribuye la potestad a los tribunales de nuestro país para analizar y valorar el tiempo prudente para que un uso se convierta en costumbre, pero haciendo omisión de mencionar el elemento subjetivo de la costumbre, el cual, repitiendo, es la convicción de la persona de que al ejercer ese uso y junto con su cumplimiento sean obligatorios.

ARTÍCULO 4º.- Las costumbres mercantiles servirán no sólo para suplir el silencio de la ley, sino también como regla para apreciar el sentido de las palabras o términos técnicos del comercio usados en los actos o contratos mercantiles.

ARTÍCULO 436.- Cuando en la redacción de un contrato se omiten cláusulas de absoluta necesidad para llevar a efecto lo pactado, se presume que las partes quisieron sujetarse a lo que en el mismo caso se acostumbra en el lugar donde el contrato deba ejecutarse, y si los interesados no explicaren su acuerdo en la omisión, se procederá según la costumbre.

Este artículo deja abierta la puerta a la interpretación, ya que, a falta de especificación de alguna cláusula en un contrato mercantil, se procederá conforme se acostumbra en el lugar, haciendo referencia a la costumbre; y añade aún más haciendo énfasis en la costumbre que si no se explicaran en el acuerdo, su omisión procederá una vez más a la costumbre. Considero que dicho artículo es confuso ya que según éste cualquier vacío en un contrato podrá ser subsanado por la costumbre, sin saber cuál es y las partes sin haber consentido ésta.

Historia del dinero y su desmaterialización.

Para entender la desmaterialización del dinero, es importante mencionar un breve recorrido histórico del dinero y de sus diferentes formas monetarias, el concepto de dinero puede tener significados distintos según la materia y el periodo histórico, en economía el dinero se encuentra definido por sus funciones, siendo así que es todo aquello que sea a la vez medio general de cambio

o pago, medida de valor o unidad de cuenta y reserva o depósito de valor, es decir que el atributo necesario para que algo sea considerado dinero es su aceptabilidad general en los intercambios en unas circunstancias sociales e históricas determinadas.

Así las cosas, vemos que el dinero es un fenómeno social, ya que, si bien es antiguo, podemos encontrar en todas las civilizaciones en algún momento de la historia que algunas mercancías fueron aceptadas en el cambio por tener las personas la expectativa de poder cambiarlas por el bien que efectivamente satisfagan las necesidades de cada uno, aunque una cosa que funcione como dinero en una sociedad puede no serlo en otra sociedad o en otra época histórica diferente.

En el mismo orden de ideas, el dinero es una institución económica espontánea, es decir es una consecuencia natural de la vida social del hombre, por lo que no se debe hablar sobre la creación del dinero, sino, su descubrimiento como forma de facilitar y simplificar las relaciones económicas en una sociedad.

El Dinero según D.J Samuelson es “el medio moderno de cambio y la unidad de medida en la que se expresan los precios y las deudas”

Una vez teniendo definido que es considerado dinero, nos adentraremos a su origen y evolución. Por un lado, tenemos el origen del dinero, que, si bien fue producto de varias circunstancias, como principal tenemos las ansias del ser humano por intercambiar bienes debido a que el hombre no producía todo lo que necesitaba para cubrir sus necesidades lo que provocó que se buscaran otros medios cuantificables y que tuvieran una larga duración para realizar intercambios, lo que conocemos como “trueque” el cual consistía en cambiar bienes propios por aquellos que se deseaban, o bien podemos definirlo como el intercambio directo de bienes y servicios sin utilizar el dinero.

Normalmente estos trueques en la antigüedad, consistían en alimentos, Gómez (2012) nos señala cuales alimentos fueron utilizados:

Los nativos de ciertas regiones de la India utilizaban almendras, los guatemaltecos el maíz, los antiguos asirios y babilonios la cebada, los pueblos de Filipinas, Japón, Birmania y otras regiones del sudeste asiático tradicionalmente usaron el arroz como dinero... incluso llegaron a utilizar también los animales vivos, piedras y dientes. (p.14)

El trueque fue una práctica tan relevante para las civilizaciones antiguas debido a que ambos participantes del trueque van a obtener mejor provecho y más necesidades satisfechas después del intercambio, ya que la mercancía ofrecida representa menos utilidad que aquella que se busca obtener. Pero en la medida que aumentaron las necesidades de las sociedades fue más difícil encontrar personas dispuestas a intercambiar lo que se necesitaba por aquello que se ofrecía, por lo que así surgió el cambio indirecto; es decir el intercambio de un bien que no necesariamente va a satisfacer una necesidad directamente, pero que va a servir para ser intercambiado por aquello que luego se llegue a necesitar.

En este sentido Menger (1871) señala:

El interés económico de cada uno de los agentes de la economía les induce, pues, cuando alcanzan un mayor conocimiento de sus ventajas individuales, a intercambiar sus mercancías por otras, incluso aunque estas últimas no satisfagan de forma inmediata su finalidad de uso directo. Y ello sin previos acuerdos, ni presión legislativa e incluso sin prestar atención al interés público. Ocurre de este modo, bajo el poderoso influjo de la costumbre presente por doquier a medida que aumenta la cultura económica, que un cierto número de bienes, que son siempre los que, en razón de tiempo y lugar, mayor capacidad de venta poseen, son siempre aceptados por todos en las operaciones de intercambio y pueden intercambiarse a su vez por otras mercancías. (p.228)

Como expusimos anteriormente, el dinero fue descubierto y no creado, este hecho importante es atribuible a los sumerios un pueblo situado entre el Éufrates y Tigris alrededor de los años 3000 A.C, los sumerios fueron los primeros en utilizar el dinero como instrumento de cambio, y no solamente como instrumentos, sino, también como unidad de cambio, siendo que su valor era calculado en unidades y su concepción de valor se expresaba con relación a otros bienes. Estos

expresaron el valor de un objeto con números en vez de valores, como consecuencia el valor de los bienes se empezó a expresar con relación a una unidad común y abstracta.

Así mismo Menger (1871) afirma que:

El origen del dinero es, como hemos visto, del todo natural y, por consiguiente, sólo en muy contados casos puede atribuirse a influencias legislativas. El dinero no es una invención estatal ni el producto de un acto del legislador. La sanción o aprobación por parte de la autoridad es, pues, un factor ajeno al concepto del dinero. El hecho de que unas determinadas mercancías alcancen la categoría de dinero surge espontáneamente de las relaciones económicas existentes, sin que sean precisas medidas estatales. (pp 231-232)

Otro suceso importante en la evolución del dinero fue el descubrimiento del metal, ya que, por su durabilidad, la capacidad de no desaparecer al consumirse y poderse dividir en pequeñas piezas logró tomar auge reemplazando los alimentos, los metales más importantes que encontramos en la evolución del dinero son el oro y la plata, los cuales fungieron como base para forjar el nuevo medio de pago llamado la moneda, este descubrimiento dio pie a la transición del dinero mercancía al dinero representativo.

El oro y la plata no son dinero por naturaleza, sin embargo, el origen de la moneda como medio de pago tiene su origen en el Reino de Lidia, esta población fabricó monedas de un peso y tamaño estándar, lo cual ayudaba a reducir el riesgo de engaños con la cantidad o calidad que utilizaban para realizar los intercambios de bienes. Así también en este Reino se da la innovación de imprimir en las caras de las monedas insignias representativas que indicaban el valor de esta, esta insignia era descifrable hasta para los analfabetos, esta innovación llamada también acuñación fue obra de Creso el Rey de Lidia a finales del siglo VIII A.C

Citando a Menger (1871) señala que:

La significación para la economía de las monedas acuñadas radica, pues, en que (prescindiendo de la operación mecánica de la división del metal noble en las cantidades

requeridas) cuando las recibimos no tenemos que comprobar su autenticidad, pureza y peso y cuando las damos también nos ahorramos esta comprobación. (p.249)

Lo anterior hace referencia a la confianza que inspira la acuñación, ya que se creía que dicha innovación eliminaba todos los inconvenientes de verificación y se los atribuía al acuñador, quien después fue el gobierno, al respecto Menger (1871) hace énfasis:

Es de todo punto evidente que quien mejor puede garantizar el peso y la pureza de las monedas acuñadas es el Estado, porque todos le conocen y reconocen y, al mismo tiempo, tiene el poder de amedrentar y castigar a los infractores. De ahí que los gobiernos hayan asumido casi siempre el deber de acuñar las monedas necesarias para el comercio. (p.250)

Siguiendo la línea del origen de la moneda, la acuñación permitió una expansión del uso de la moneda como pago, comenzando a utilizarse la moneda como medio para retribuir servicios laborales, también los mercaderes y comerciantes acumularon riquezas, por otro lado, otra consecuencia de la implementación de la moneda fue la creación de ciudades centrados en mercados y nuevas rutas comerciales por tierra y mar.

Otra etapa importante en la evolución del dinero es la transición del dinero moneda al dinero papel, esta tiene lugar en la Edad Media, Según Espinach y Ruzicka (1999), citados por Gómez (2012): 1

Después de más de un milenio de uso intenso de las monedas como medio de pago estándar, las personas se vieron replegados a un entorno rural, en una economía donde el dinero dejó de existir. Sin embargo, con la invasión de Europa Occidental hacia territorios musulmanes... con la llegada de la época de las Cruzadas, el sistema de mercado volvió a surgir poco a poco tomando nueva importancia el financiamiento de rutas comerciales entre Oriente y Occidente... creando de nuevo la necesidad de utilizar un medio de pago aún más práctico. (p.15)

En dicha época se da un evento histórico importante, el cual fue la creación de la primera institución bancaria, que surgió entre la orden militar de los caballeros templarios y la necesidad de transferir sus recaudaciones a su cuartel general de una manera segura, por lo que inventaron el sistema de transporte de bienes valiosos a través del Mediterráneo. Posteriormente las labores de estos caballeros fueron sustituidas por el trabajo de algunas familias comerciantes italianas en donde crearon un sistema similar, pero de índole privado, en donde no tenían restricción al otorgar crédito a los comerciantes.

En el nuevo sistema privado existía una prohibición por parte de la Iglesia Católica en cobrar intereses muy altos, pero de una u otra manera las familias Italianas se las ingeniaron para cubrir los empréstitos por medio de contratos de intercambio, los cuales consistían en hojas de papel donde se establecía el pago de cierta cantidad de dinero a cierta persona en determinado momento, es decir su actividad consistía en prestar dinero y plasmar las deudas en letras de cambio, dicho documento tenía una ventaja que le permitió su auge, la cual era la posibilidad de negociar y transar grandes sumas de dinero sin necesidad de cargar consigo las monedas y sin correr el riesgo de ser robado por ladrones.

Por otro lado, los ofebres o banqueros se percataron en algún momento de que podían expedir o emitir sus certificados de depósito o letras sin la contrapartida efectiva de un depósito de oro. Y empezaron a hacerlo en favor de algunos clientes a quienes les acordaban créditos contando para su reembolso con el resultado de la actividad comercial o productiva de éstos... la creación monetaria moderna en la cual la emisión monetaria no tiene como contrapartida un depósito de oro o de alguna otra forma de dinero sino un crédito otorgado a un cliente. (Vélez, s.f, p.2)

Como consecuencia, se da un cambio fundamental en el dinero, ya que lo que circulaba no tenía valor por sí mismo, sino que era representativo de bienes y valores que se encontraban en manos de un comerciante o un banquero, concluyendo con esto el gran paso hacia la meta de liberar el dinero de sus limitaciones físicas y espaciales.

Un aspecto importante en la historia del dinero es que era indispensable el hecho de escoger una moneda que tuviera aceptación internacional “debido a que el comercio y el mercado mundial habían estrechado sus relaciones al transar esclavos, especias... y se hacía difícil establecer el precio de un bien en un país extranjero con monedas y valores distintos al del mercader” (Gómez, 2012, p.17).

En consecuencia a lo anterior, se toma a Estados Unidos bajo estudio ya que parecía que la moneda más indicada para ser la divisa de intercambios económicos a nivel internacional podía ser el dólar y, con esto se le atribuye al citado país el primer gobierno en crear el papel moneda, siendo este el nuevo medio utilizado por las sociedades para el intercambio y adquisición de bienes y servicios, sin embargo un aspecto importante a destacar es que “el dinero papel servía solo como unidad de cuenta y carecía de cualquier otra utilidad” (Gómez, 2012, p.18).

Y así es como se dejó de usar el metal precioso para representar el capital, los papeles moneda funcionaban proporcionalmente con la reserva de oro y plata que poseían las naciones, es decir el sistema financiero funcionaba de manera que los gobiernos no produjeran más papel moneda del que pudiera respaldar con sus reservas.

Gómez (2012) refiriéndose a la conversión del dólar como divisa internacional señala que:

En el Siglo XIX se llegó a operar por primera vez bajo un único sistema monetario, basado en el valor de la divisa mundial: el oro... Estados Unidos da el primer paso para abandonar el patrón oro, completando la evolución del dinero hacia un medio aún más abstracto, es decir, el valor del dinero terminó de separarse del valor de los metales. (p.19)

Otro paso dentro de la evolución del dinero hacia la desmaterialización es el dinero bancario, éste cumple casi todas las funciones del dinero, empero no sirve como medio de pago, así mismo tiene la característica de perder muy poca liquidez, por ser activos financieros no monetarios.

Chen (2007), citado por Gómez (2012) comparte ejemplos de dinero bancario como: “bonos, certificados de inversión, depósitos a plazo fijo, etc. Es decir, son instrumentos con un rendimiento fijo y con un plazo de vencimiento determinado...” (p.20).

Como última etapa hacia la desmaterialización del dinero encontramos el dinero electrónico, el cual inició con la dinámica bancaria en 1972 en el Banco de la reserva Federal de San Francisco en Estados Unidos, que creó la primera red para hacer transferencias electrónicas de dinero entre su casa matriz y sus filiales bancarias, logrando expandirse a todos los bancos de la Reserva Federal y hasta otros entes financieros.

Hoy en día esta última etapa la vemos reflejada en las transacciones “SINPE” implementadas en nuestro país permitiendo transferir mayores cantidades de dinero de país a país por medio electrónicos en cuestión de minutos.

Concluyo esta evolución histórica haciendo hincapié en la relación existente entre la evolución del dinero y su desmaterialización, siendo que son una sola, llegando a la actualidad en donde la desaparición del efectivo forzoso emitido por el Banco Central no será un acontecimiento próximo, ya que aún existen relaciones comerciales en las cuales es indispensable el dinero en efectivo, por lo que durará tiempo para que en Costa Rica el dinero se desmaterialice totalmente.

Cabe destacar el importante papel que funge la tecnología en la manera de ir transformando como intercambiamos bienes y servicios por dinero, una de las figuras importantes en el auge tecnológico es la tarjeta de crédito, figura bajo estudio en la presente investigación, sin embargo, actualmente es común que el dinero solamente sea una cifra respaldada en una determinada institución financiera y se busca que progresivamente se minimice la necesidad de transformarla en capital físico.

Con relación al concepto de cifra depositada en un banco, Galbraith (1983) cita que el proceso de creación de dinero por los bancos “es tan simple que repugna a la mente” (pp. 19-20). Ya que la clave de este proceso la encontramos en que los depositantes del efectivo a cambio del

cual reciben los certificados de depósito, las letras y, finalmente, los billetes de banco no se presenten todos al mismo tiempo a reclamar lo depositado.

Siguiendo el orden de ideas de los medios tecnológicos de hoy en día, podemos encontrar los métodos de pago del futuro, como los Bit Coins que son monedas virtuales que se pueden comprar por internet y gastar en muchos comercios alrededor del mundo.

Para proseguir con el desarrollo de antecedentes relativos a la tarjeta de crédito y el cobro de sobregiros me permito mencionar algunas investigaciones importantes dentro de este ámbito. Siendo que no existen investigaciones que detallen la problemática que nos ocupa, sin embargo, encuentro de gran valor mencionar estudios e investigaciones en temas similares que pueden ser de gran ayuda al conocimiento de la presente, siendo que conclusiones a las que llegó cada autor en su investigación son aportes para continuar la presente investigación.

Soler Legarrieta (1983) en su tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho “*La Tarjeta de crédito, su aspecto jurídico*” empleando un enfoque retrospectivo buscó como objetivo que los estudiosos de la materia comercial que revista la característica de ser una zona del derecho que no puede ni debe quedarse rezagada y que merece una constante renovación jurídica, adopten una legislación adecuada al tratamiento de la tarjeta de crédito, además de la elaboración de principios que adapten la regulación legal al momento actual.

La autora hace énfasis en la ausencia de una adecuada legislación que regule el uso de la tarjeta de crédito, ya que como consecuencia esto ha provocado criterios distintos en situaciones similares y la jurisprudencia nacional ha carecido de un lineamiento uniforme, la autora llega a dicha conclusión fácilmente por medio del análisis jurisprudencial sobre litigios que versaron sobre la función y uso de la tarjeta de crédito, a pesar de la ausencia de documentación bibliográfica por ser la tarjeta de crédito relativamente reciente en nuestro país.

Señala la autora que en la actualidad la tarjeta de crédito figura una práctica jurídica y mercantil habitual por lo que es de importancia la reforma jurídica que permita la adecuada regulación que responda a las exigencias del momento. En aspectos como el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la tarjeta de crédito se ha hecho necesario la aplicación de analogías que

permitan cubrir las lagunas y deficiencias que presenta el ordenamiento jurídico por faltar normativa expresa.

Siendo así, que con entrevistas a personeros de compañías acreditantes que operan en el país se logró hacer un panorama general de la evolución del sistema desde sus inicios hasta la actualidad, pasando por la determinación del concepto jurídico se llega a los parámetros necesarios para enfrentar la problemática que plantea la ausencia de una regulación legal adecuada, ya que con el desarrollo del derecho vienen cambios y situaciones que plantean el establecimiento de nuevas instituciones jurídicas las cuales nacen como consecuencia del desarrollo de los sistemas crediticios y la evolución económica con el fin de agilizar el comercio, por lo que debe incorporarse su adecuado tratamiento legal.

La autora como conclusión general menciona, que la aceptación que ha recibido la tarjeta de crédito en el ámbito comercial en nuestro país se hace evidente por los resultados obtenidos en sus encuestas realizadas, por lo que ésta situación afirma absolutamente la necesidad de buscar la adecuada regulación jurídica en donde se aporten los parámetros necesarios para adaptarla al orden legal costarricense.

Menciona también, que la búsqueda por incorporar el instituto de la tarjeta de crédito al sistema jurídico ha constituido una verdadera constante en el desarrollo del tema, siendo que logró los objetivos generales de la investigación al elaborar una teoría inexistente hasta el momento en Costa Rica sobre la estructura sistemática de la tarjeta de crédito.

Además, dentro de la citada investigación se obtuvieron las siguientes conclusiones: El vínculo jurídico que se establece entre la entidad crediticia y el usuario de la tarjeta, ligada por un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, La relación que opera entre el establecimiento afiliado y la entidad crediticia conforma un contrato de afiliación, y el nexo que se genera entre el afiliado y el tenedor de la tarjeta constituido por un mosaico de contrato, que dependen del uso que el tarjetahabiente le da a este el instrumento crediticio, siendo así que se explica la trilogía contractual que integra el sistema de tarjeta de crédito.

Según la autora y su criterio la tarjeta de crédito en estricto sentido debe verse únicamente como la credencial que identifica a la persona dentro del sistema y la nota de cargo como un documento de características especiales propias de las relaciones que operan en el ámbito jurídico.

Termina haciendo énfasis en el análisis jurisprudencial dictado por nuestros Tribunales de Justicia en la vía civil y la contencioso administrativo en donde claramente se deja ver las deficiencias prácticas y conceptuales que existen, ya que las constantes contradicciones y diferentes posiciones son reflejo de los fallos vertidos por los tribunales, ya que carecen de un criterio definido que permita establecer una línea de pensamiento concreta para la resolución de los asuntos judiciales que se plantean relacionados.

Por lo que se denota la necesidad de establecer en Costa Rica un sistema regulativo sobre la tarjeta de crédito, al ubicar jurídica y doctrinalmente una institución nueva que se adapte a las exigencias que surgen con los cambios que operan en las distintas actividades humanas.

Alvarado y Rodríguez (1995) en su tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho "*Mecanismos de garantía en el contrato de tarjeta de crédito*" tenían como objetivo primordial demostrar que la letra de cambio que se utiliza como garantía en el contrato de tarjeta de crédito se desnaturaliza y pierde como consecuencia su condición quedando desprotegida de aquellos principios que le dan garantía al título valor.

Así mismo, los autores persiguieron la determinación de una posible existencia de algún acto reprochable penalmente al acreedor y replantear de ser necesario el concepto tipológico de títulos valores y llegaron a la conclusión que por no ser el hombre autosuficiente se vio en la necesidad de interrelacionarse con otros individuos para satisfacer sus necesidades por lo que como consecuencia nacieron las relaciones comerciales y con esto una serie de institutos que hacen más ágil el proceso comercial.

Por lo anterior, el derecho se vio obligado a entrar a regular y legalizar las relaciones comerciales para evitar los abusos. Entre los instrumentos para regular dichas relaciones encontramos los títulos valores que tienen como función principal facilitar la circulación de los

créditos, siendo que el crédito es una práctica de mucha trascendencia social y comercial que permite adquirir bienes y servicios sin que sea necesario cumplir con el pago de forma inmediata.

En el intento del derecho por regular las prácticas comerciales surge el fenómeno de la tarjeta de crédito en Estados Unidos que se expandió por el resto del mundo, hasta hoy en día donde es uno de los instrumentos de pago más utilizados alrededor del mundo por su facilidad y comodidad, dicha expansión desafía a juristas y jueces debido a que no se cuenta con una legislación adecuada a este novedoso fenómeno, por lo que se han visto frente a un conflicto debiendo recurrir a analogías y razonamiento de institutos similares lo cual no es lo adecuado por no representar exactamente la función de la tarjeta de crédito.

Por lo tanto, la tarjeta de crédito es única por lo que necesita una regulación propia, siendo que tiene elementos contenidos como los mecanismos de garantías que son una forma que tiene el que concede el crédito para poder recuperar el dinero que ha utilizado el tarjetahabiente en virtud del crédito otorgado y que no fue debidamente reintegrado en la forma convenida.

Según los autores el mecanismo de garantía más utilizado por parte del acreedor y de mayor aceptación por los tribunales es la letra de cambio, en donde se constituye al tarjetahabiente como deudor de la empresa que le esta otorgando la tarjeta de crédito por una suma determinada que es igual o mayor al monto de crédito.

El principal problema es que el acreedor ejecute la letra de cambio por todo el monto que en ella se expresa o se cobre un saldo mayor al adeudado no pudiendo el deudor demostrar dentro de la vía ejecutiva el verdadero saldo adeudado, colocando a éste en un estado de indefensión. Por lo que en nuestro país los Tribunales han considerado el principio “indubio pro operario” propio del derecho laboral para la solución de algunos conflictos, sin embargo, en la materia comercial no se encuentra expresamente el mismo ya que prevalece el principio de autonomía y libertad de las partes para contratar.

Los autores llegaron a las siguientes conclusiones:

- La tarjeta de crédito es un poderoso instrumento de pago de bienes y servicios, cuya obtención formal se da mediante el contrato de tarjeta de crédito que tiene una función muy compleja debido a la cantidad de relaciones jurídicas que de él se derivan y no se ajustan ni se asemeja a ningún otro contrato existente regulado en nuestra legislación.
- El emisor que brinda el servicio de tarjeta de crédito, para garantizarse el cobro por una vía rápida del saldo que deje de pagar el tarjetahabiente ha utilizado la letra de cambio, en donde el usuario se constituye deudor de ésta por una suma generalmente determinada por el monto del crédito que se le ha concedido.
- La letra de cambio se desnaturaliza en su esencia al no cumplir con la incondicionalidad de la orden de pago que debe contener este tipo de título valor, ya que dicha orden está condicionada a la existencia de un saldo no pagado. Se desnaturaliza al ser utilizada para cumplir una función de mecanismo de garantía que no le es propia, ya que desde su nacimiento fue ideada como mecanismo para agilizar el tráfico comercial y dar seguridad de circulación a los créditos.
- Debido a la utilización que se les ha dado a ciertos títulos valores contraviniendo su propia función se ha provocado una lesión patrimonial a determinados sujetos por lo que se requiere una respuesta jurídica que formule el replanteamiento tipológico de los títulos valores, además que se adecúe más al principio de defensa del consumidor.
- El contrato de tarjeta de crédito requiere inmediatamente de una regulación jurídica propia, en donde armonice los derechos de la empresa que brinda el servicio y los del usuario para evitar que se cometan abusos. Siendo así que los jueces no se vean obligados a recurrir a analogías e interpretaciones propias de otros institutos jurídicos.

Sobre este tema medular de las tarjetas de crédito el autor Arias y Rodríguez(1997) en su tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho “*El contrato de Tarjeta de Crédito en la legislación costarricense*” tenía como objetivo principal el señalamiento de los principales

antecedentes históricos que han servido de base para la gestación y desarrollo de la figura de la tarjeta de crédito, además del estudio exhaustivo de los diferentes elementos del contrato de tarjeta de crédito, utilizando un método deductivo- inductivo y exegético llegó a la conclusión que los modernos contratos mercantiles se imponen en prácticamente todo el mundo debido al auge del comercio internacional, por lo que el desarrollo de estas figuras contractuales es acelerado al extremo en que las mismas figuras encuentran mutaciones constantes.

Ante esta realidad, surge la interrogante sobre el tratamiento que la ciencia jurídica le da a dichas figuras modernas, ya que si bien es cierto el tratamiento doctrinal no es abundante por darle la más variada aplicación y por forzar viejas figuras del Derecho Romano ya sea creando tipicidad o construyendo figuras a través de la atipicidad. La jurisprudencia es más escasa aún y la normativa positiva es quizás la que está más lejos de las respuestas a las inquietudes generadas por estas novedosas figuras.

La tarjeta de crédito se ha desarrollado en forma acelerada por su uso ágil y seguro, por lo que su éxito no es casualidad, sino que se debe a años de estudio, utilización y sobre todo a un rápido desarrollo que satisface las necesidades del mercado. Por lo que dicha investigación va a ensayar respuestas a las principales dudas que se generan al cuestionarse el tratamiento que nuestro ordenamiento jurídico le ha dado a la figura moderna del contrato de tarjeta de crédito y el cobro de sobregiros a fiadores mediante certificación de contador público autorizado.

La hipótesis es poder confirmar o no, si el contrato de tarjeta de crédito puede ser comprendido como un solo acuerdo o si al contrario se encuentra integrado por una serie de contratos interrelacionados entre sí y de los cuales depende el funcionamiento del sistema de tarjeta de crédito como un todo.

El autor menciona como punto importante en su conclusión que si bien es sabido que la tarjeta de crédito es un instrumento económico que se ha venido desarrollando a través de los años y que ha llegado a alcanzar un importante nivel social y económico, no existe en Costa Rica una ley que regule específicamente la relación tarjetaria, siendo que la poca legislación existente se

encuentra dispersa dentro de las leyes, y presenta de forma aislada artículos referentes a uno de los institutos que mayor progreso ha experimentado a través de su existencia.

En el mismo sentido, es necesario para el desarrollo del derecho costarricense que exista un cuerpo centralizado de leyes, tanto doctrinales como procesales que reglamenten en forma práctica las distintas situaciones que puedan derivarse de la relación tarjetaria, siendo así que unifique criterios jurisprudenciales para la efectiva y pronta solución a los problemas derivados del contrato de tarjeta de crédito.

Uno de los problemas de este contrato, es la mala utilización de la letra de cambio como garantía en los contratos de tarjeta de crédito, ya que este título valor se ve desvirtuado al ser utilizado de esta forma, debido a que una de sus características principales es la circulación y en dicho contrato permanece estática, lo cual contraría la esencia de este título.

En la jurisdicción costarricense los asuntos referentes a la tarjeta de crédito se han ventilado hasta el momento en la vía ejecutiva que es la más cómoda y rápida procesalmente, más no la idónea para la resolución de estas diferencias. Problemas como estos deben de ser solucionados por el Derecho y desarrollarse de acuerdo con las exigencias dictadas por la sociedad y la economía.

Como medio de respuesta a lo anterior el derecho debe estar al tanto de las nuevas relaciones dictadas por la tecnología y el desarrollo social, dando solución a los nacientes conflictos derivados de ellos.

Dicha tesis concluyó con la idea básica de que el contrato de tarjeta de crédito no se le podía llamar exclusivamente solo a un contrato, sino que el mismo consistía más bien, en una serie de contratos que enlazaban a las tres principales partes dentro de la relación tarjetaria.

De la misma manera la autora Alfaro Cordero (1998) en su tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho *“Necesidad de una regulación para el sistema contractual de tarjeta de crédito frente a la realidad Nacional”* tenía como objetivo general determinar la existencia de zonas desprotegidas por el Derecho, mismas que deben necesariamente estar reguladas, la autora

menciona que la introducción de nuevas formas de pago originadas en el desarrollo empresarial, como consecuencia han generado el nacimiento de figuras completamente desconocidas en el ámbito nacional, como la tarjeta de crédito.

La tarjeta de crédito es un instrumento de pago que surge y se desarrolla sin intervención del legislador en respuesta rápida a las exigencias del tráfico mercantil viniendo a convertirse en el instrumento de crédito más avanzado tendiente a la utilización masiva de crédito para el consumo.

Costa Rica no escapa de la realidad de la “sociedad sin dinero” ya que la tarjeta de crédito es un fenómeno que traspasa fronteras, pero los actos dirigidos a poner en marcha el negocio de las tarjetas crédito han sido cuestionados hasta el punto de hacer manifiesto el deseo de un marco jurídico idóneo que procure su seguro desarrollo, mismo que de respuesta y seguridad jurídica a sus consumidores.

El hombre en sociedad realiza actos encaminados a obtener determinados beneficios derivando conductas con relevancia jurídica que necesitan ser objeto de regulación para el establecimiento del orden público, por lo que es oportuno la elaboración de la mencionada investigación para saciar aquellas dudas en torno al marco jurídico vigente y al funcionamiento de la figura.

La hipótesis de esta investigación radica en que el actual ordenamiento jurídico costarricense es insuficiente para regular los posibles conflictos derivados del sistema contractual de la tarjeta de crédito por lo que se utilizaron diferentes métodos como el deductivo, que permitió el estudio general del funcionamiento de la figura y se llegó a razonamientos específicos que sirven de base para fundamentar la hipótesis.

El método exegético permitió el análisis de las reformas sugeridas en cada uno de los proyectos y en la regulación respectiva, el método comparativo sirvió para hacer comparaciones entre la situación nuestra y la legislación, doctrina extranjera.

La autora llega a una variedad de conclusiones, entre ellas las más importantes:

- El negocio de las tarjetas de crédito, nacido al margen de cualquier tipo de legislación, es hasta la fecha el instrumento de crédito mas difundido alrededor del mundo.
- En Costa Rica al igual que en el resto de Centroamérica, hemos podido apreciar la presencia de algunas particularidades que atentan contra su desarrollo a diferencia de los países europeos.
- La existencia de carteras incobrables es resultado de los riesgos económicos que en sí mismo afronta el sistema. Asimismo, de las particularidades del entorno socioeconómico y jurídico en que se desenvuelve.
- A lo largo de dicha investigación se demuestra que el problema cumbre del funcionamiento de las tarjetas es el mínimo nivel de información con el que cuenta el sujeto durante la fase precontractual, en donde el sujeto aceptante únicamente se limita a dar su adhesión a un formulario.
- El problema de información no solo limita a esa fase, sino que también se extiende a la fase de ejecución contractual, pues fácilmente pudimos comprobar la existencia de cláusulas oscuras y omisas.

Para mayor abundamiento en el tema la autora: Moreno Mora (2010) en su tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho *“El cobro judicial de saldos de tarjetas de crédito a través de la certificación de contador público autorizado”* tenía como objetivo general verificar la razonabilidad y legalidad del uso de la certificación de contador público autorizado para el cobro de saldos de tarjetas de crédito, a través de un enfoque deductivo- inductivo y exegético, la autora llegó a la conclusión que la certificación es un documento en el que el contador público, revestido de fe pública agrega credibilidad sobre un asunto que es responsabilidad de su cliente, por lo que

este se encarga de depositar su fe pública en certificaciones de saldos derivados del uso de la tarjeta de crédito que se encuentran exigibles para poder interponer un proceso judicial para el cobro.

Desde 1995 es que se ha otorgado el rango de título ejecutivo a esta certificación, con la intención de facilitar el cobro a través del aparato judicial de las entidades emisoras de tarjetas, ya que anteriormente tenían dificultades y venían agregando al contrato garantías accesorias para poder recurrir a un proceso de rápida tramitación.

Al dotarse a la certificación el rango de título ejecutivo han surgido cuestionamientos, ya que no fueron determinados legalmente los requisitos mínimos para que se conforme dicha certificación, por lo que con el pasar de los años se ha complementado ese vacío jurídico por medio de reglamentos, leyes y jurisprudencia.

Las oposiciones a dichos procesos de cobro se han basado fundamentalmente en la ilegalidad tanto del documento como lo erróneo de los datos establecidos en él, por lo que con la investigación de la autora se pretende recopilar y esclarecer los elementos necesarios para poder confeccionar una certificación de saldos de tarjetas de crédito, así como los requisitos que debe cumplir la persona que lo certifica y cuales son las posibilidades de defensa que tienen los demandados.

Ya que la parte demandada usualmente es la parte perdidosa, y no solamente los deudores principales, sino también los fiadores, por lo que esto nos lleva al planteamiento de la problemática de la investigación, de si la certificación del contador público autorizado brinda las facilidades para que las entidades emisoras de tarjetas cobren sus créditos, pero al ser un título de creación unilateral brinda pocas posibilidades de defensa efectiva para los demandados.

La autora en sus conclusiones menciona aspectos de suma importancia para nuestra investigación haciendo énfasis en los elementos alrededor de la figura de la certificación de contador público autorizado la cual el legislador omitió especificar en el Código de Comercio, sin embargo, se ha ido estructurando de manera más específica cada vez en un intento de dar más seguridad jurídica a las partes que intervienen alrededor de este título.

Los requisitos que se han solicitado por parte de nuestros tribunales son de importancia vital para establecer un proceso judicial con oportunidad de defensa para las partes, por lo que las exigencias mínimas de la elaboración del título impuestas por el Colegio de Contadores solo han venido a tratar de complementar los anteriores y darle una especie de marco ético para que siga el profesional en el ejercicio de sus funciones.

Como es sabido, la certificación tiene fuerza ejecutiva dada por la ley, por lo que es legal, pero puede ser violatorio de principios constitucionales como el derecho de defensa con respecto de los fiadores, ya que estos tienen muy reducidas sus posibilidades de defensa, ya que todo depende de la prueba que se encuentra, la cual generalmente se encuentra en manos del demandado principal el tarjetahabiente.

Así mismo, siendo que las facultades dadas al contador público por la ley son de certificar los saldos de sobregiros de las cuentas bancarias y de líneas de crédito. Se ha cuestionado si el profesional debiese incluir dentro del documento más personas, además del tarjetahabiente, detalle que no se especifica ni en jurisprudencia ni el Colegio de Contadores, pero permitido en la práctica.

Aunque la Certificación de contador público autorizado cuenta con fe pública en los documentos certificados, los datos consignados pueden ser cuestionados, demostrando que lo contenido es erróneo. Por lo que para que prospere la contestación debe ser acompañada de la prueba que han aceptado los tribunales, los cuales son estados de cuenta emitidos por la parte actora y enviados mensualmente al tarjetahabiente, donde se especifica los datos que deben contener la certificación. Además de esto también los vouchers que son comprobantes de las adquisiciones de bienes o servicios dados por terceros.

Si bien es cierto la certificación brinda facilidades en su confección para que las empresas emisoras de tarjetas de crédito cobren sus créditos, pero gracias a que es un título de creación unilateral y solo basta que se le solicite al profesional que certifique montos, que bien pueden ser manipulados sin que el contador se percate de ello.

Como finalización de esta investigación la autora señala que el demandado podría defenderse de ello, pero también es un hecho conocido que un porcentaje muy bajo de los demandados contestan la demanda y ofrecen prueba de descargo, aun más si no se es el demandado principal.

Como todos los demás títulos ejecutivos, la certificación se basta a sí misma, sin necesitar de otro documento para tener ejecutividad, pero cuando se trate de consignar a más de una persona como deudora, que tendrán que responder de manera solidaria, debería ser uno de los presupuestos en que la ley permite poder solicitársele a la parte actora prueba en contra y presente el respectivo contrato firmado por todas las partes.

Proyecciones

Las proyecciones son todas aquellas metas que se esperan obtener con la realización del presente estudio, y que de alguna manera pretenden predecir los resultados de la investigación. Así las cosas, las metas propuestas con esta investigación son ambiciosas, desde perspectivas distintas las cuales aportan mejoras en cada unidad bajo estudio.

- Se pretende brindar herramientas jurídicas para abordar de una manera adecuada la solución de procesos monitorios dinerarios basados en certificación de contador público que contengan sobregiros hacia fiadores, siendo que se busca potenciar el conocimiento del límite del contrato de fianza, logrando con esto nutrir la línea teórica en el futuro respecto a temas bajo estudio en el presente trabajo.
- Así mismo, se busca dotar de conocimiento a los consumidores, en especial aquellos fiadores que participan en un contrato de tarjeta de crédito, para que utilizando las herramientas jurídicas elaboradas con intención de combatir la problemática que viven, puedan conocer sus derechos y deberes en torno al límite de su responsabilidad, así mismo, cual es la normativa que respalda sus posiciones y que instituciones velan por sus derechos.
- Desde un ángulo estudiantil se logrará ampliar los conocimientos en el derecho comercial para aplicarlos a la vida profesional, de tal manera que por el estudio exhaustivo del tema se obtengan conocimientos provechosos para la vida profesional por venir, siendo que se realizarán aportes a otras ramas del derecho como la civil en torno al proceso monitorio dinerario.
- Se pretende lograr una modificación en el artículo 611 del Código de Comercio en donde se especifique a quiénes se les puede aplicar la certificación de contador

público autorizado y bajo qué condiciones, para no incurrir en incertidumbre que nos conllevó a la problemática delimitada en esta investigación.

La necesidad de adecuación del citado artículo, encuentra sustento en que si bien jurisprudencialmente los Tribunales de Justicia de nuestro país han marcado su criterio en que la letra de cambio y el pagaré no son los medios adecuados para garantizar un contrato de tarjeta de crédito por no especificar los saldos restantes, a diferencia de como si lo hace la certificación expedida por contador público autorizado, el problema de la certificación es que nunca se especificó a quienes les es aplicable, no obstante, se ha entendido en la práctica que puede ser tanto al tarjetahabiente como al fiador, debiendo rellenarse el vacío jurídico y regularse su aplicación a todos los sujetos que intervienen en un contrato de tarjeta de crédito, sean principales o accesorios; entre estos últimos el fiador.

- Desde una perspectiva social se busca hacer conciencia en la población propensa a fungir como fiador, se insta a que estudien las consecuencias legales, se asesoren para que estén conscientes de los derechos que tienen ante un posible proceso monitorio dinerario. Así mismo buscamos que se le dote de herramientas jurídicas a las personas fiadoras, para que gocen de seguridad jurídica y limitar lo menos posible la existencia de transgresiones a los derechos de los fiadores en procesos monitorios dinerarios por cobro de sobregiros.

Consideramos que la legislación nacional carece de normativa que regule el cobro de sobregiros de tarjetas de crédito hacia los fiadores, por lo que se busca con esta investigación es darle una solución a dicho problema para poder aumentar el conocimiento del fiador como consumidor sabiendo que herramientas puede ejercer en su defensa.

En general con la presente investigación se pretende detallar el contrato de tarjeta de crédito, la figura del fiador y su límite de responsabilidad, el proceso de cobro mediante certificación de contador público; para lograr tener una respuesta ante la interrogante de, si es posible jurídicamente la utilización de la certificación de contador público autorizado para el cobro de sobregiros de una tarjeta de crédito a un fiador.

Capítulo II: Marco de Referencia

Sistema de tarjeta de crédito y el instituto del sobregiro

Antecedentes del crédito.

La reglamentación del préstamo con interés es un elemento central de los primeros corpus jurídicos de la antigüedad, por esa razón algunos historiadores suponen que el crédito podría tener un origen más antiguo y remontarse a la sedentarización agrícola del Neolítico. (Gepí y Labruyère citado por Morales, 2014, p.1)

Como introducción a los orígenes del crédito debemos tener claro que el crédito opera en muchos ámbitos y no solo en el comercial, ya que desde siempre han sido otorgados a cualquier tipo de persona dentro de la sociedad para adquirir bienes y servicios, algunos ejemplos de créditos otorgados citados por Morales (2014) son:

Los campesinos para la adquisición de aperos de labranza y pagar sus deudas; a los industriales para incrementar su capacidad de fabricación; a los comerciantes para la adquisición de productos y equipos de distribución que facilite sus actividades; a los señores feudales con el fin de adquirir armamento y contratar a los soldados necesarios para lidiar con otros feudos; y a los gobiernos, quienes necesitan saldar sus deudas. (p.2)

La primera época que analizaremos será la época de la antigüedad en Mesopotamia, según Bauche, los sacerdotes de Uruk fueron los primeros banqueros de que se tiene registro en usar el crédito, ya que éstos recibían los dones habituales y ofrendas de los jefes de tribus, que disponían de recursos que hacían fructificar al conseguir préstamo, así mismo ofrecía a los esclavos adelantos para redimirse y a los guerreros caídos prisioneros para ser liberados.

Las citadas operaciones se hacían en especie puesto que en esta época no existía la moneda aún, en Babilonia no se conocía tampoco la moneda numérica por lo que seguía utilizándose los cereales como la cebada para regular los intercambios, después de un tiempo se desarrollaron los

metales, como el oro y la plata. Pero no es sino hasta el Código de Hammurabi que reguló el préstamo y el depósito de mercancías.

En Mesopotamia alrededor de los años 1792 al 1750 A.C se logró promulgar el Código de Hammurabi que compilaba ordenanzas judiciales de litigios entre deudores y acreedores. En la dicha Mesopotamia el préstamo es un acto muy habitual que era establecido en las mercancías más habituales como la cebada o la plata. Es en este código en donde se explican las operaciones de crédito, gratuito o con interés y, estos debían firmarse por escrito.

El artículo 71 de Código de Hammurabi, primera ley conocida sobre la usura (práctica de cobrar un interés excesivamente alto por un préstamo) estipula que se perderá el derecho a cobrar el préstamo, si se rebasa el máximo legal del tipo de interés, es decir castiga con la pérdida la usura. (Morales, 2014, p.3)

Así mismo protegiendo a los campesinos el supra citado Código en sus artículos del 48 al 52, menciona que éstos no tienen obligación de devolver el capital, ni intereses, durante los años que ocurran inundaciones o sequías, y si existe el caso en que no tienen cebada ni plata, pueden librar la deuda al entregar a sus acreedores el producto de las cosechas.

En la misma época, pero en un lugar diferente como lo es Grecia, no es hasta el año 6876 A.C que aparece la moneda, siendo que logró en Atenas consagrar en supremacía al comerciante y así autorizando el préstamo a interés, pero sin limitar la tasa, convirtiendo la ciudad en la capital de un imperio mediterráneo.

Los banqueros griegos fueron primeramente comerciantes en dinero: aceptaban depósitos por los cuales el cliente recibía, a veces, un interés; con estos fondos de empréstito y con sus recursos propios, concedían, a su vez préstamos. Éstos se hacían la cosa más diversa (piezas de cuero, navíos y mercancías); a veces era exigida una fianza. (Bauche 1978, p.2)

En el mismo sentido Bauche (1978) señala que las operaciones más comunes a la cual se dedican los bancos griegos era el préstamo a la gruesa, que consistía en:

La entrega, por parte del banquero al prestatario, de una suma de plata, entendiéndose que el deudor no devolvería la suma prestada sino en el caso de que las mercancías fueran afectadas por la fianza y embarcadas sobre el navío llegaran a buen puerto. Este préstamo a grandes riesgos hacía correr al banquero grandes peligros: como contrapartida se admitía que exigiera una tasa de interés muy superior a la de las operaciones corrientes, y que para las largas travesías llegaba generalmente a 30%. (p.2)

Sin embargo, no es sino hasta el siglo VI A.C que se logra ver un progreso en el comercio y se desarrolla para convertirse en uno de los factores de la prosperidad económica del país, como consecuencia el aumento de la riqueza y del dinero aseguran las inversiones financieras, resultando en la creciente actividad exigiendo créditos.

Posteriormente, siguiendo los mismos pasos de los griegos, los banqueros privados romanos realizaban todas las operaciones de Grecia, prestaban a interés, con garantía o no, se convertían en fiadores para sus clientes, asegurando con esto las transferencias de dinero de un punto a otro dentro del Imperio Romano.

Las XII Tablas, fue el cuerpo normativo más importante de la época en Roma y refiriéndose al aspecto económico, incluía medidas como límites al interés que fuera de 1% mensual. “el comercio lejano suscitó la aparición de banqueros cambistas que abrían sus oficinas en el foro y aseguraban los cobros en las provisiones, propiciando el uso de las actividades de cobranza” (Morales, 2014, p.5).

En Atenas el prestatario era con frecuencia un comerciante que se afanaba por obtener beneficios del dinero prestado. En Roma se trata más bien de un campesino al borde de la ruina causada por la guerra, amenazado por las intemperies y, a corto plazo, por los atrasos de empréstitos anteriores. (Morales, 2014, p.5)

Muchos filósofos como Aristóteles y Platón estaban en contra de la usura, ya que mencionaban que era incompatible con la naturaleza de la moneda, afirmaban que la usura es la

causa de que el dinero se vuelva productivo y se aleje de la finalidad, la cual es facilitar el intercambio, la usura en el imperio romano apareció como un mal que se fue agravando a medida que declinaban las ciudades, el imperio al no encontrar una salida a sus problemas intento resolverlo mediante una remodelación de la legislación sobre los préstamos hecha por Justiniano, llegando a reducir los intereses. Justiniano citaba que “el préstamo dejaría de generar intereses cuando el montante de los intereses pagados igualase el capital” (Morales, 2014, p. 5).

La siguiente época fue la Edad Media y aquí vemos el protagonismo de los judíos, quienes se dedicaban al intercambio de moneda y al préstamo con intereses, con respecto a los préstamos con garantías éstos fijaron las normas del funcionamiento basados en “Talmud” y en las necesidades diarias. En dichas normas se incluyeron la naturaleza de los bienes susceptibles de fianza y los derechos de los prestamistas si el bien era robado.

Pero no es sino, hasta el siglo XII que el préstamo con interés como era conocido es cambiado, ya que se convirtió en un papel fundamental para el crecimiento y el cambio en la vida económica. Aún para este tiempo en algunos países como Francia e Italia sigue prohibido la usura, pero con un poco de ingenio se las arreglaron para diseñar un sistema donde los bienes pignorado iban a producir una renta, ya que el dinero no podía generar intereses, esta renta incluía el capital y el interés, pero eran pagaderos a plazos, empero, si el prestatario no pagaba, el prestamista se quedaba con el bien pignorado.

Esta época, fue conocida también como la época de los Lombardo, los cuales eran sinónimos de prestamistas, éstos tuvieron agencias en Italia, Inglaterra y Francia, donde tuvieron un gran éxito. En Francia los reyes les concedieron derecho a establecer mesas de préstamos y privilegios, en Italia alrededor del siglo XII al XVI se generalizó el empleo de los metales como instrumento de cambio, llevando como consecuencia a la práctica del atesoramiento, por lo que se tuvieron que buscar métodos de protección eficaz, siendo así desarrollaron la custodia de valores, un servicio que se empezó a ofrecer al público.

El orfebre, quien era el que hacía o vendía los metales entregaba al propietario del depósito un recibido por medio del cual hacía constar en un documento la existencia de los valores y el

derecho de obtener una restitución, luego los orfebres cayeron en la tentación de disponer de una porción de los mismos metales entregados para realizar préstamos por su cuenta y como consecuencia a estos las personas empiezan a utilizar los billetes de depósito como instrumentos de cambio. Esto es lo que algunos autores consideran el inicio del crédito.

Concluyo haciendo énfasis en la historia del comercio siendo que éste es tan antiguo como el hombre mismo, sabiendo que el trueque es el antecedente más importante de la moneda o el dinero y detallando que el derecho comercial o mercantil surgió a finales de la Edad Media por medio de compilaciones hechas por los propios comerciantes que plasmaron sus usos y costumbres en normas positivas.

Para terminar, desarrollaré un concepto económico y jurídico de “crédito” Según Beltrán (1969), citado por Díaz (2017) “Que el crédito es capital típicamente circulante... No convierte, pues, el capital fijo en circulante, sino que aporta nuevo- y fresco- capital circulante y reduce a fijo lo que nunca debió dejar de ser en la práctica”

Desde un punto de vista económico, omitiendo todos los tipos de créditos existentes en la actualidad, Vicente (1956), citado por Díaz (2017) afirma “el crédito es el cambio de un valor presente por un valor futuro. Como dice Weber, con la palabra crédito indicamos el proceso objetivo que implica el trueque de bienes presentes por bienes venideros” (p.2).

Siguiendo la idea de conceptualizar el término crédito, desde el punto de vista jurídico se define como “la transferencia actual de la propiedad de una cosa del acreedor al deudor, quedando diferida la contrapartida, esto es, la prestación correlativa, por parte del deudor” (Greco, 1945 citado, por Díaz, 2017, p.2).

Según lo anterior expuesto podemos hacer una recopilación de conceptos y decir que el crédito es cuando el acreditante o acreedor pone a disposición del acreditado o deudor una suma de dinero para que él y con quien autorice éste haga uso de ese dinero concedido en la forma, términos y condiciones pactadas, resultando como obligado el deudor a restituir al acreedor las sumas que dispongan en el plazo que se estipule.

Origen de la tarjeta de crédito en el mundo y en Costa Rica.

Es de suma importancia para la comprensión del contrato de tarjeta de crédito conocer su origen y evolución, por lo que a esto nos dedicaremos en el presente apartado, siguiendo la línea que hemos venido desarrollando sobre el origen del crédito, prosigue hacer hincapié en cómo se desarrolló este fenómeno y como fue su llegada a nuestro país. El origen de este instituto es discutible ya que algunos autores remontan su nacimiento a Europa y otra gran parte de la doctrina dice que fue en Estados Unidos.

Después de una ardua recolección de doctrina, nos inclinamos a que su surgimiento fue en Estados Unidos ya que según lo investigado sus inicios se remontan a inicios del Siglo XX, cuando en Estados Unidos ciertas cadenas hoteleras empezaron a otorgar a sus mejores clientes tarjetas personalizadas que servían para que estos clientes las utilizaran en los servicios de hotelería en cualquier punto de Estados Unidos, siempre que sea un hotel asociado o propiedad de la cadena, es decir, esta tarjeta permitía hacer uso de estos servicios sin necesidad de hacer efectivo pago alguno en la moneda de curso, los consumos o estadías hechas por los clientes eran liquidadas por las oficinas centrales de las empresas posteriormente.

Surge como un instrumento cuya presentación permite aplazar obligaciones de pago en determinadas transacciones. La exhibición de la tarjeta acreditará a su titular para disponer de bienes o servicios sin entrega inmediata de dinero en efectivo... realizando una función similar a la que efectuó desde hace siglos la carta de orden de crédito. (Silva, s.f, p.6)

Es decir, que lo que se conoce hoy en día como tarjeta de crédito, utilizables en la mayoría de los comercios, en la época de su nacimiento no fue así, ya que fue empleado por cadenas hoteleras y solo se podían utilizar en estas.

Todo esto como consecuencia de la búsqueda de nuevas formas para la movilización de la riqueza, este sistema presentó un gran auge y su uso se extendió a grandes almacenes y cadenas gasolineras siendo que la clientela se convirtió muy selecta ya que al cargar consigo una de estas

tarjetas gozaban de cierto prestigio y solvencia, además de ventajas como no tener que cargar con grandes cantidades de efectivo, además daban seguridad al cliente y garantía al establecimiento. En las empresas petroleras se emitían estas tarjetas para sus clientes más habituales y hasta sus propios empleados como un método de pago.

En 1940 se extiende a las compañías de ferrocarril y líneas aéreas que igualmente emitían estas tarjetas a ciertos usuarios y que funcionaban con similitud. Sin embargo, en la misma década de los 40 la tarjeta de crédito baja su importancia y extensión debido a la segunda guerra mundial, nos dice al respecto Muguillo (1988) “la economía de guerra y su consecuente limitación del crédito, importaron una restricción al uso de esos sistemas de crédito, aunque después de la conflagración revivió su uso y difusión produciéndose un nuevo auge de su desarrollo” (p.4).

Todavía para esta época intervenían solamente dos partes, el hotel por un lado que corría los riesgos de la insolvencia y absorbía la financiación de el y el cliente consumidor de esos bienes o esos servicios, es decir la tarjeta de crédito en este momento tenía un carácter bilateral, en su ámbito operacional:

El cliente abonaba mensualmente la liquidación de sus compras o de sus gastos, o abonaba las cuotas en que se financiaban tales compras. Después de abonada la liquidación en el primer caso o un determinado número de cuotas en el segundo, se reabría el crédito automáticamente por el monto acordado, o podía continuar su consumo hasta el momento en que su cuota mensual alcanzan un determinado límite para su propio crédito. (Muguillo, 1998, p.5)

Siguiendo un orden cronológico, en 1949 se inserta al mercado norteamericano la primera empresa emisora de tarjetas de crédito, dando como consecuencia el nacimiento de la fase pluralista o multilateral del sistema de tarjeta de crédito, dicha empresa fue “Diners Club” que otorgaba tarjetas de crédito con rubros muy limitados, después del surgimiento de Diners Club, se extendió el mercado permitiendo adquirir una multitud de bienes y servicios a nivel nacional e internacional.

Como reseña historia de la empresa Diners Club, ésta surge según Silva (s.f):

Cuando Frank MacNamara incitó a varios de sus amigos a un elegante restaurante en New York. Cuando le presentaron la cuenta, advirtió que no traía consigo dinero, por lo que tuvo que convenir con el establecimiento una promesa de pago a futuro. Este incidente llevó a McNamara a pensar en un sistema por el cual una persona pudiera demostrar su respetabilidad de crédito en cualquier lugar que visitara. (p.8)

Dicha tarjeta fue la primera acreditativa del mundo, pero los clientes no portaban consigo un plástico como hoy en día, sino, lo que tenían era un carné de cartón con un talonario donde se indicaban los establecimientos que otorgaban crédito a los portadores de dichos talonarios, así mismo, en el cartón venía designado el nombre y número de identificación del portador, cuyos datos eran recopilados por el comercio.

Diners Club les pagaba a los comercios por transacciones efectuadas con la tarjeta, deduciendo un porcentaje pequeño como “descuento” para compensar el papel desempeñado en la venta por la tarjeta. Se les cobraba a los usuarios por sus cargos, y se les requería que pagaran el monto total debido al recibo de la cuenta. (Silva, s.f, p.8)

Como el éxito había sido tal, surgió otra empresa ambiciosa pero que originariamente era prestataria de servicios de turismo, lanzó al mercado la emisión de tarjetas de crédito de American Express Co, para 1982 su desarrollo fue tanto que la solidez alcanzada empezó a desplazar a la anterior (Diners Club).

Las instituciones antes mencionadas que fueron emisores de tarjetas de crédito ninguna era un banco, hasta que en 1951 los bancos norteamericanos se insertaron en este mercado emitiendo una tarjeta llamada Charge-it que fue emitida por Flatbush National Bank de New York, esta tarjeta cargaba un monto mensual de las sumas acumuladas en cuenta, pero estaba reservado solamente para clientes del Flatbush, quienes disponían de comercios afiliados al sistema.

Posteriormente, a finales de los años 50 empezaron a surgir un sinnúmero de cantidades de tarjetas de crédito, el Bank of New York fue el primero en emitir una tarjeta utilizable por clientes de otras instituciones financieras, en este sentido Muguillo (1988) nos señala Este

La primera entidad que lanza la utilización del servicio a su clientela es el Franklin National Bank of New York siendo de las más famosas de esta nueva etapa en su desarrollo la Bankamericard, emitida por el Bank of America. (p.6)

Paralelamente al desarrollo de la tarjeta de crédito el sistema operacional de ésta llevó a la creación de complejas organizaciones administrativas dependientes de las entidades emisoras de tarjetas, es decir que la evolución de este instituto permite apreciar como en la vida cotidiana se crean sistemas operativos propios sin que haya una necesaria intervención estatal, simplemente por imponerse el uso constante de una práctica, siendo esta una fuente del derecho mercantil.

El auge que generó la implementación de las tarjetas por los bancos norteamericanos surgió asociaciones sin ánimo de lucro para emitir tarjetas en común como lo fueron, California Bank Card Association que adquirieron al First National Bank, el nombre y diseño de la tarjeta MasterCard, ya para 1970 casi todos los Estados Americanos tenían representación de las tarjetas BankAmericard o MasterCard mediante bancos.

Gracias al desarrollo tecnológico y el uso de las computadoras por su gran capacidad de almacenamiento y procesamiento de datos han permitido el desarrollo de la tarjeta de crédito, facilitando el control de créditos, la facturación, la cobranza. El desarrollo de este medio de pago ha aumentado gracias a las ventajas de un buen uso, la accesibilidad de obtener una y la facilidad de realizar transacciones con estas, afirmando lo anterior, se dice que de cada tres transacciones comerciales en el mundo una es realizada con una tarjeta de crédito, lo cual considero un avance extraordinario a pesar de que su surgimiento es relativamente reciente.

Vemos entonces como la tarjeta de crédito fue un instrumento creado por la práctica económica sin intervención alguna del legislador. Es por esto por lo que cada tarjeta se rige

por las condiciones generales creadas para tal efecto. Dichas condiciones figuran normalmente en el formulario que ha de llenar el solicitante, quien se limita a aceptarlas. Existe pues, un contrato de adhesión. (Gómez, 1971, citado por Soler, 1983, p.13)

El nuevo enfoque que se le dio a la tarjeta de crédito inició una nueva era del dinero en la cual se pasó del dinero papel al dinero plástico, permitiendo así la facilidad de las transacciones y seguridad en el cambio de bienes y servicios.

El surgimiento de la tarjeta de crédito en Costa Rica fue varios años atrás pero no como la conocemos hoy en día, en 1902 en nuestro país surge el primer intento de una tarjeta de crédito nacional junto con la apertura de la tienda La Gloria, esta tarjeta siguiendo el modelo de la emitida por las cadenas hoteleras, iba dirigida solamente a la clientela de la tienda, posteriormente se crean libretas de crédito en 1924 la cual era un libro en donde se apuntaba el crédito y las deudas de la clientela, éstas se extinguieron en 1954 cuando se les dotó de tarjetas de crédito a los clientes, pero que de igual modo solamente se podían utilizar dentro de la tienda.

Para la actualidad se solicitan requisitos para la entrega de una tarjeta de crédito como fiadores, que se llenara un formulario, garantías como un pagaré. “Se puede decir que este tipo de instrumento de crédito, otorgado en una tienda para ser utilizado solo en ella, no es una tarjeta de crédito propiamente dicha” (Sánchez y Quirós, 1993, citado por Arias y Rodríguez, 1997, p.9).

No es sino hasta 1969 que se inserta la primera tarjeta de crédito internacional en Costa Rica, la cual fue la American Express que gozaba de gran prestigio a nivel mundial, luego de esta aparece la Unicard que funcionaban con capital nacional, empero solamente podía ser utilizada dentro del territorio costarricense.

En 1974 llegó a Costa Rica la tarjeta de crédito MasterCard, en 1979 este mismo grupo obtuvo la licencia de la tarjeta Visa, siendo así que MasterCard y Visa eran los que se encontraban habilitados para emitir tarjetas en Centroamérica.

Un acontecimiento importante en la evolución de la tarjeta de crédito en Costa Rica fue la afiliación del Banco Crédito Agrícola de Cartago con la Corporación IBANCO (actualmente Visa Corporación Internacional) la cual es la empresa encargada de la tarjeta de crédito Visa a nivel mundial, con esta afiliación se pretendía la consolidación del banco dentro del Sistema Bancario Nacional, Al respecto:

Puede decirse que la idea del impulso de Visa a nivel de Banca Nacionalizada obedeció a la necesidad del Banco Crédito Agrícola de crearse imagen, proyectarse y aumentar el volumen de operaciones para consolidar su situación dentro del Sistema Bancario Nacional, por ser el banco de más reciente creación. Este proyecto fue usado en ese sentido, tratando de lograr un prestigio bancario que iría más allá de nuestras fronteras y en comparación de grandes bancos que operan en igual forma el sistema de tarjeta de Crédito Visa Internacional. (Sánchez et al. 1993, citado por Arias et al. 1997, p.11)

Con lo anterior el Banco Crédito Agrícola es el primer Banco en Centroamérica que tiene visión futurista al incorporar el sistema de tarjeta de crédito, afirmando lo anterior Sánchez et al. (1993), citado por Arias et al. (1997):

La introducción del sistema de tarjeta de crédito VISA ha permitido a los costarricenses resolver una serie de intercambios (compras y pagos) en una forma rápida y segura rompiendo las barreras geográficas. La evolución del dinero e inseguridad de su transporte obligó a crear este sistema de manera, que a través de la tarjeta de crédito se presenta a un cliente apto y seguro que puede adquirir bienes y servicios con solo presentar un rectángulo plástico. Por otra parte, el comercio se ha beneficiado al ofrecérsele una forma de pago que además de ágil y rápido, le ha ayudado a incrementar el número de clientes por el gran número de poseedores de tarjeta de crédito en todo el mundo. (p.12)

Con respecto al origen de la tarjeta de crédito hasta el momento llegamos a la conclusión de que la misma se originó su primera versión por una cadena llamada Diners Club, sin embargo, esta tarjeta fue una de las últimas en entrar a nuestro país.

Concepto y Naturaleza Jurídica.

La tarjeta de crédito es un fenómeno tan amplio que, para empezar a delimitarlo y conceptualizarlo, debemos dividir los términos que lo componen, “Tarjeta” proviene de la antigua palabra “tarja” que se deriva del latín “targia” que significa aparato en el cual escudarse o protegerse. Y la palabra “Crédito” proviene del latín “cretium” que se deriva de “credere” que significa tener confianza, es decir tener confianza en que se va a pagar posteriormente el bien o servicio al que se les ha prestado crédito.

El crédito depende de dos elementos, el primero es el capital existente por parte de la institución emisora la cual puede ser financiera o no, y el otro elemento es la garantía de restitución por parte del cliente tarjetahabiente, más adelante estudiaremos que esa garantía puede ser real o personal.

Para Villaseñor (s.f), citado por Arias et al. (1997) "la operación de crédito es la entrega de un valor actual, sea dinero, mercancía o servicio, sobre la base de confianza a cambio de un valor equivalente en un futuro, pudiendo existir adicionalmente un interés pactado" (p.14).

La tarjeta de crédito consiste según Bollini y Boneo (s.f) en:

Que bancos o entidades financieras u otras entidades específicas emitan a favor de sus clientes tarjetas en las que tenemos un número detectable electrónicamente, nombre del emisor y del cliente y firma de éste. Es un contrato de adhesión, trilateral ya que existen dos contratos que producen efecto sinalagmático. (p.275)

Existen un sinnúmero de definiciones sobre la tarjeta de crédito, unas basadas en su naturaleza jurídica, otras en su función, pero es claro que cada autor que citaremos ha concordado en que es un sistema de comercialización, un negocio jurídico complejo que su función primordial es promover la adquisición de bienes y servicios a cambio de que la institución emisora de la tarjeta de crédito reciba una comisión sobre las ventas.

Encontramos a Argeri quien redacta su definición basándose en su funcionamiento, diciendo que:

Es el contrato comercial por el cual una empresa especializada- bancario o financiera- conviene con otra -el cliente- en la apertura de determinado crédito, para que el cliente exhibiendo el instrumento creditorio de que se le provee -tarjeta de crédito- y acreditando su identidad, adquiera cosas u obtenga la prestación de un cierto servicio en los comercios que se le indican. A su vez la empresa especializada efectúa la adquisición o requiere el servicio, podrá cobrarle una comisión al comercio afiliado por toda la operación que realice el cliente. El cliente, a su vez, tiene una cuenta con la empresa especializada, por un importe determinado y que generalmente debe pagar por anticipado, de la cual se reduce lo que ha adquirido o recibido por el servicio. (Argeri, s.f, citado por Muguillo 1988 p.22)

Analizando la anterior definición si entramos en detalle vemos que, claramente la define desde su elemento funcional, ya que la tarjeta de crédito en otras palabras viene siendo un elemento identificatorio de quienes contrataron la apertura de una línea de crédito con una institución que bien podría no ser especializada, pudiendo ser tiendas y no solamente instituciones financieras, como lo expresa Argeri.

En el mismo sentido desde su función se puede definir como:

Un cúmulo de contratos preexistentes entre los diferentes sujetos que actúan en el contrato en sí se autoriza al usuario de las tarjetas debidamente identificado como el titular de la misma para la adquisición de bienes y servicios, con solo firmar la factura o vouchers de su compra al negocio afiliado al sistema de crédito. Esta factura será cancelada al comercio, por la sociedad que emite las tarjetas de crédito mediante un descuento convenido. Luego la sociedad emisora de las tarjetas, cobrará al titular de la tarjeta la cantidad de dinero de su compra. (Arias et al. 1997, p.16)

Sin embargo, con los miles de definiciones que los distintos autores nos brindan, encontramos que siempre se ha intentado “explicar las características y consecuencias jurídicas y

económicas como si fueran atributos de la propia tarjeta en su materialidad física” (Reynoso, s.f, p.3).

Empero, el supra citado autor menciona que “la tarjeta de crédito no tiene virtualidad jurídica propia ni características intrínsecas para generar derechos y obligaciones” (p.3). Solamente permite ejecutar el derecho de crédito abierto a favor del titular en las entidades afiliadas al sistema de la respectiva tarjeta de crédito.

En el mismo camino a definir la tarjeta de crédito, Fargosi nos menciona qué es la tarjeta de crédito desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, menciona que: “se trata de una relación jurídica compleja, encuadrable como contrato de crédito, siendo la tarjeta propiamente dicha un documento probatorio de la relación, que se presenta -esta última- como una asunción privativa de deuda”. (Fargosi, s.f, citado por Muguillo, 1988, p.25).

En el mismo sentido Linares explica: “es sustitutiva del dinero y como tal es un medio de pago que se formaliza ‘con firma’ en un sistema convencional de tipo asociativo o de adhesión y crediticio en cuanto a su convertibilidad en dinero”. (Linares, s.f, citado por Muguillo, 1998, p.25).

Una definición basada en las facetas del contrato es según Sarmiento (s.f), citado por Alfaro (1998):

La tarjeta de crédito puede definirse como el contrato mediante el cual, una entidad crediticia (banco o institución financiera), persona jurídica, concede un crédito rotatorio, de cuantía y plazo determinados, prorrogable indefinidamente, a una persona natural, con el fin de que esta lo utilice en los establecimientos afiliados. (p.6)

También, Gómez (s.f), citada por Alfaro (1998) menciona un concepto desde el punto de vista de la tarjeta de crédito como documento:

La tarjeta es un documento de plástico que incorpora una serie de datos: número de identificación personas (NIP, PIN, en las siglas más conocidas, inglesas) en la banda

magnética, nombre de la tarjeta, de su emisor o gestor o de ambos, nombre del titular, firma del mismo, fecha de caducidad, etc. (p.6)

Sin embargo, una definición en donde se note las características más importantes de este instituto la da Muguillo (1988) “la tarjeta de crédito como el negocio jurídico formal y complejo de crédito, plurilateral, de constitución sucesiva múltiple, integrado por adhesión y de cumplimiento continuado, diferido y/o periódico” (p.26).

La jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia nos acerca de igual modo a un concepto señalando:

La tarjeta de crédito sin duda alguna representa un paso asaz importante dentro de la mencionada tendencia a la desmaterialización de la moneda... Así abría que observar, en primer término, que la tarjeta de crédito representa un negocio jurídico complejo. En la unidad configurada por él, convergen una serie de relaciones jurídicas diversas, donde los vínculos se unen a sus respectivos intervinientes, están gobernados por una regulación propia, y representan una naturaleza jurídica autónoma e independiente. Sin embargo, dentro del sistema, y en aras de la necesaria complementación, se desprenden de su respectiva o peculiar eficacia para integrarse recíprocamente.

Hasta aquí hemos visto que este instituto es de una complejidad extrema y de gran dificultad para definir, no obstante, en resumen la tarjeta de crédito no es más, sino, un simple medio de identificación que funciona para las partes involucradas en el contrato de tarjeta de crédito y su valor identificatorio proviene del contrato mismo, es decir que el mero plástico no sirve para reclamar derechos ni obligaciones porque no es un título ni contiene en sí mismo elemento alguno que haga valer tales pretensiones.

La tarjeta de crédito no es un título ya que, un título es un instrumento que se vale por sí mismo, puesto que incorpora literalmente su valor económico y el valor jurídico de reclamar su pago, sin necesidad de exhibir otra causa que le otorgue validez, más, sin embargo, la tarjeta de

crédito es el efecto de un contrato, por lo que necesita como condición obligatoria de validez estar soportada por un contrato de tarjeta de crédito.

El contrato de tarjeta de crédito al ser una de sus características el ser un contrato de adhesión, dota de facultad al ente emisor para suspender o anular la tarjeta de crédito a su criterio, por lo que esto es contrario a la naturaleza jurídica de un título, en igual sentido la tarjeta tiene un plazo de caducidad, renovable automáticamente igualmente incompatible con la naturaleza de un título. Como mencioné anteriormente sobre la falta de valor intrínseco de la tarjeta de crédito como consecuencia ésta no es posible de intercambiar por otro valor económico.

Otras características mencionadas por Muguillo son: es un negocio jurídico, especie de contrato de crédito, plurilateral, cumplimiento continuado, diferido o periódico. En cuanto a que es negocio jurídico se trata de un instituto que se encuentra formado por una serie de relaciones de distinto carácter en los que se ven reflejados diferentes tipos contractuales pero todos en camino a un fin común, es una especie de contrato de crédito porque es un contrato de uso de crédito eventual, es plurilateral porque pueden participar varias partes y en cuanto a sus obligaciones no son antagónicas, y por último el cumplimiento continuado se debe a que la pluralidad de las partes se da a lo largo de la vigencia del contrato y no en un solo momento.

Por otro lado, detallo el porqué la tarjeta de crédito tampoco es una carta de crédito, ni un instrumento de crédito, todo esto se debe a que la tarjeta en sí, el plástico que todos conocemos como tarjeta de crédito no es un contrato, por lo que surge a la vida jurídica en la medida que exista un contrato de tarjeta de crédito anterior entre la entidad emisora de ésta y el cliente por medio del cual se va a regular su forma de uso.

Para definir la naturaleza jurídica de la tarjeta de crédito encontramos a autores como Reynoso (s.f) que nos afirma:

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

entre el usuario y la entidad emisora y administradora del sistema. Este contrato es el que genera los derechos y obligaciones del usuario y emisor. Por lo dicho, el valor de la tarjeta no es jurídico sino meramente operativo. La tarjeta sirve para identificar rápida y sencillamente a quien ha celebrado un contrato de uso de tarjeta de crédito con la entidad que administra un sistema de tarjeta de crédito y emite la misma. (p.6)

Considero que la explicación de Reynoso es bastante clara sobre la naturaleza, pero cabe agregar que la naturaleza jurídica de la tarjeta de crédito es meramente operativa y que las funciones que cumple el contrato de tarjeta de crédito podrían realizarse prescindiendo de la misma, sin embargo por medio de un proceso tedioso donde el cliente deba de demostrar que es usuario aceptado por la institución que ejerce el sistema de crédito, puesto que sino, el comercio afiliado no tiene seguridad de que se le va a retribuir la contraprestación por su venta o servicio ofrecido. Por lo que al enfrentar dichos obstáculos para la simple adquisición de bienes y servicios es muy probable que el sistema no tuviera la importancia que tiene hoy en día.

Sistema de Tarjeta de Crédito, Funcionamiento y Estructura.

Como hemos delimitado en los apartados anteriores, tenemos claro que la tarjeta de crédito es un sistema complejo y que abarca una variedad de conceptualizaciones dependiendo del punto de vista que se le vea, empero para proceder a entenderla debemos comprender de forma clara su sistema y como funciona, además de las partes que se ven involucradas, las relaciones y contratos que surgen de cada una de ellas.

“El sistema de tarjeta de crédito es un conjunto sistematizado de contratos cuya función básica, entre otras, consiste en un servicio de administración de cuentas corrientes mercantiles” (Reynoso, s.f, p.27). Como punto de inicio debemos recalcar que la tarjeta no vale por sí misma, sino que es efecto de una serie de contratos y vale por pertenecer al sistema de tarjeta de crédito que le da origen, por lo cual el sistema vale por sí y puede sobrevivir sin la existencia de la tarjeta.

Las diferentes definiciones que he mostrado mezclan la esencia de la tarjeta y del sistema como si fuesen sinónimos, Muguillo al explicar la naturaleza jurídica dice que “la tarjeta de crédito como acto negocial crea una relación triple que se origina en la existencia de dos convenciones por adhesión, entidad emisora-usuario y entidad emisora-proveedor” (Muguillo, s.f, citado por Reynoso, s.f, p.28).

Haciendo referencia a su aspecto estructural que desarrollaremos detenidamente Muñoz señala:

Contrato complejo de características propias que establece una relación triangular entre un comprador, un vendedor y una entidad financiera, posibilitando al primero la adquisición de bienes y servicios que ofrece el segundo, mediante la promesa previa formulada a la entidad emisora de abonar el precio de sus comprar en un plazo dado por esta última, la que se hará cargo de la deuda abonando inmediatamente el importe al vendedor previa deducción de las comisiones que hayan estipulado entre ambos por acercamiento de la demanda. (Muñoz, s.f, citado por Reynoso, s.f, p.28)

El funcionamiento del sistema de tarjeta de crédito lo resumiremos en pasos para su fácil comprensión, primero la entidad emisora que puede ser una entidad especializada, un banco, una entidad financiera, incluso el propio comerciante, realiza un estudio y comprobación previa de la solvencia del solicitante (futuro usuario) y acuerda con éste la adhesión al sistema bajo las condiciones establecidas y la emisión de la tarjeta a su favor, para que con esta tarjeta el usuario pueda adquirir bienes o servicios con la simple presentación de la misma y la firma de la factura presentada por el comerciante.

Posteriormente el usuario va a recibir mensualmente de parte del emisor de la tarjeta la liquidación de los gastos realizados sobre el periodo anterior, dicha liquidación que debe cancelar dentro del plazo acordado en la solicitud, por lo cual a falta de este pago se puede generar la posible inhabilitación del uso de la tarjeta hasta que se ponga al día el pago, como segundo acto la entidad emisora de la tarjeta de crédito celebra acuerdos con una variedad de proveedores de bienes y servicios convirtiéndose éstos últimos en comercios afiliados comprometidos a aceptar las

operaciones que los usuarios titulares de las tarjetas perfeccionen en sus establecimientos sin la necesidad de presentar dinero en efectivo, tan solo con la presentación de la tarjeta y la firma, como último paso el comercio afiliado luego de haber perfeccionado las operaciones con el usuario sin pago de suma efectiva, periódicamente según lo establecieron en el acuerdo, remitirá al emisor de la tarjeta la liquidación del total de las facturas correspondientes a las operaciones de sus usuarios afiliados al sistema, las cuales la entidad emisora cancelara igualmente dentro de los plazos establecidos en el convenio previo el descuento de la comisión predeterminada.

Afirmando la anterior descripción Simón (1998) señala que “el sistema hace intervenir a tres elementos: el tarjetahabiente (comprador), la empresa o el establecimiento afiliado al sistema (vendedor), el ente emisor (bancario o financiero)” (Simón, 1998, citado por Reynoso, s.f, p.28).

El supra citado autor conceptualiza la tarjeta de crédito desde su estructura contractual como:

Relación triangular (ente emisor- comercio adherido- tenedor de tarjeta) por intermedio de la cual se legitima activa y pasivamente al tenedor de la tarjeta para que el mismo pueda, sin abonar de forma inmediata al ente emisor, adquirir bienes y o servicios, en los comercios adheridos al sistema, los cuales se benefician con el aumento de sus ventas y los entes emisores perciben un porcentaje variable como utilidad quedando a priori estos últimos obligados al pago respecto de los comercios. (Simón, 1998, citado por Reynoso, s.f, p.29)

Analizando los conceptos brindados por los autores citados vemos que el objeto primordial del uso de la tarjeta de crédito es fomentar la adquisición de bienes o servicios, mediante la percepción de un porcentaje por parte de la entidad emisora de la tarjeta sobre el importe de las ventas documentadas.

Al estudiar exhaustivamente la estructura contractual del sistema de tarjeta de crédito, notamos que existe una triplicidad de relaciones que convergen a una finalidad común. La primera es una relación entre entidad emisora y particular usuario de la tarjeta mediante un contrato de adhesión, la segunda es una relación entre entidad emisora y proveedor de bienes y servicios

adherido al sistema o afiliado, y la última una relación usuario-proveedor afiliado, pero está no se da mediante un contrato de afiliación, sino, solamente se vinculan por medio de contratos de operaciones comerciales, ya que la posibilidad es aleatoria e imprevisible porque no necesariamente todos los usuarios contratarán operaciones con todos los comercios afiliados.

Expuesto lo anterior vemos que cada contrato existente es bilateral, ya que cada uno vincula a dos partes solamente, agregado a esto, nuestro Código Civil expresa que los contratos por su naturaleza son actos jurídicos bilaterales, además las prestaciones estipuladas en cada contrato estipulan obligaciones recíprocas entre dos partes.

Es decir, el sistema de tarjeta de crédito no es un contrato único al estar conformado por una multitud de contratos sistematizados, tres para ser exactos, que más adelante emprenderemos a analizar sus derechos y obligaciones, y por otro lado tampoco es una relación trilateral, porque ninguno de los contratos antes mencionados establece una relación de tres partes, como hemos visto son bilaterales, por la sencilla razón de que cada usuario se vincula individual e independientemente de otros usuarios con la empresa emisora de la tarjeta, en el mismo esquema los comercios afiliados se vinculan individualmente con la empresa emisora de la tarjeta y bilateralmente la empresa emisora se vincula con cada comercio, igualmente ningún comercio se vinculan entre sí. Aunado a esto la relación entre usuario y comercio afiliado no tiene injerencia por parte de la empresa emisora, por lo que en resumen no nos encontramos ante una relación trilateral.

Un dato importante que nos menciona Muguillo es que, mientras la entidad emisora de la tarjeta de crédito es una sola o un grupo/sociedad que actúan como unidad, las otras dos partes, deben ser obligatoriamente una multiplicidad, es decir deben existir en el sistema de tarjeta de crédito una variedad de usuarios y proveedores para poder lograr la operatividad y dotarle de sentido al instituto “tarjeta de crédito” para que resulte útil y rentable.

Otra razón más por lo que afirmamos que el sistema contractual de la tarjeta de crédito es bilateral es por la existencia de una multitud de contratos individuales, esto como consecuencia tampoco es una relación plurilateral, al respecto Muguillo menciona:

La existencia de los denominados contratos plurilaterales está referida a los contratos asociativos, como las asociaciones y sociedades civiles y las sociedades comerciales. En éstos convergen tantas partes como socios existen, que forman colectivamente la asociación o sociedad de que se trate. Esta a su vez es una parte más en el contrato, pues es una persona jurídica propia e independiente de las personas físicas que son los socios. (Muguillo, 1988, p.32)

En el mismo sentido menciona:

En los llamados contratos plurilaterales pueden encontrarse dos cauces de relaciones contractuales: los derechos y obligaciones que vinculan a cada socio con la sociedad y los derechos y obligaciones que vinculan a los socios entre sí... En el sistema de tarjeta de crédito encontramos sólo un cauce de relaciones contractuales, que es la relación entre cada usuario y cada establecimiento con la entidad central. No encontramos relaciones entre usuarios entre sí, ni entre establecimientos entre sí. (Muguillo, 1988, p.32)

Partes dentro del Sistema de Tarjeta de Crédito.

a) Organización Central: Está entidad es la encargada de conducir y operar el sistema, pudiendo ser una entidad especializada, un banco, una entidad financiera incluso el propio comerciante, así mismo, puede ser singular cuando el objeto de la entidad es cumplido por una única entidad, viniendo a ser este objeto comercializar y administrar el sistema de las cuentas de usuarios comercios, o por otro lado puede ser colectivo cuando las entidades están vinculadas entre sí por contratos bilaterales individuales sistematizados, el objeto de las entidades colectivas es conferir licencias de marcas, patentes, etc., distribuido por distintas entidades que las cumplen por separado.

Así mismo la organización central o entidad emisora es la única parte que crea el instituto de la tarjeta de crédito.

Obligaciones con el usuario de la tarjeta de crédito:

- Entrega del plástico denominado tarjeta de crédito al titular.
- Dotar al usuario la información periódica actualizada de los comercios afiliados.
- Practicar periódicamente la liquidación de los gastos y compras efectuados por el usuario.

Obligaciones con el comercio afiliado:

- Abonar en los periodos convenidos en el contrato el monto de todas las operaciones realizadas por los usuarios de su sistema, previa retención de su respectiva comisión.
- Autorizar o no las operaciones de los usuarios si corresponde según el monto.
- Mantener información actualizada de todas las tarjetas en circulación.

b) Usuario titular: Es la persona legitimada para tener la tarjeta de crédito, cuya solvencia y responsabilidad fue debidamente corroborada previamente en la primera etapa que anteriormente explique en el apartado sobre el funcionamiento del sistema de tarjeta de crédito, es importante hacer énfasis en la comprobación de solvencia del usuario por parte del emisor, debido a que la entidad emisora crea un medio de pago que puede ser utilizado libre y de forma casi ilimitada por parte del usuario, cada usuario se encuentra ligado con la organización central por un contrato bilateral individual como ya he mencionado.

“El objeto de este contrato es la incorporación del usuario al sistema mediante la emisión de la tarjeta y la apertura y administración de su cuenta” (Reynoso, s.f, p. 46). En dicha cuenta se van a registrar los créditos y débitos que resulten de las operaciones realizadas por el usuario, las cuales se procederán a liquidar periódicamente para saldar las diferencias.

Reynoso menciona que la principal y más importante consecuencia de la celebración de dicho contrato entre el usuario y el ente emisor es el uso de la tarjeta de crédito al operar en el sistema, así mismo, con el otorgamiento de la tarjeta se establecen las condiciones de uso y tratamiento.

De igual manera, este contrato surge con la solicitud del usuario, la cual es un contrato de adhesión con cláusulas pre impresas, en el momento de aceptada la solicitud y emitida la tarjeta nace a la vida jurídica el contrato.

Obligaciones del usuario:

- Pagar las liquidaciones periódicas por el uso que realice de su tarjeta de crédito en las operaciones de adquisición de bienes y servicios.
- Hacerle frente a la responsabilidad por la posesión de la tarjeta y eventual extravío o hurto.
- Denunciar inmediatamente la sustracción o pérdida de la tarjeta.
- Identificarse como legitimado para el uso de la tarjeta frente los comercios afiliados, además de firmar la factura emitida por éstos.

c) Establecimientos o Comercios afiliados: Estos son el grupo de establecimientos afiliados a la organización central o entidad emisora de la tarjeta de crédito mediante un contrato bilateral individual como todos los anteriores, El objeto de este contrato es lograr la incorporación del comercio al sistema mediante la asignación de un código que identifique la apertura y administración de su cuenta, a la cual se le registrará periódicamente los créditos y débitos resultantes de la incorporación y operación del establecimiento comercial y se le va a liquidar saldando su diferencia.

Como consecuencia primordial de la celebración de este contrato encontramos la admisión de la tarjeta al operar en el sistema, así mismo se establecen en el contrato las condiciones de admisión y el tratamiento de la tarjeta. Es importante destacar que dicho contrato celebrado entre el comercio y el emisor no obligan al comercio a operar con el usuario, pero si lo obligan a aceptar la tarjeta cuando el comercio acepte operar con el usuario.

Este contrato igualmente nace al llenar una solicitud pre impresa y al ser aceptada se le designará el código identificatorio del establecimiento que crea el contrato, convirtiéndolo en un comercio afiliado al sistema. Al pertenecer el comercio al sistema se obliga a aceptar cualquier operación dentro de los límites del acuerdo celebrado.

Algunas de las obligaciones del comercio afiliado son:

- Prestar el servicio o bien solicitado por el titular de la tarjeta, en igualdad de condiciones que cualquier otro cliente que pague en efectivo.
- Respetar los precios cotizados al público.
- Verificar la identidad y la legitimación del usuario para el uso de la tarjeta en su comercio.
- Presentar dentro de los periodos establecidos en el contrato las liquidaciones a su favor de todas las operaciones realizadas durante el periodo anterior por los usuarios de la entidad emisora.

Concluyo haciendo un pequeño resumen sobre qué implica el sistema de tarjeta de crédito ya que al saber que todos son contratos individuales, además de encontrarse reunidos en el sistema están sistematizados, es decir que son un conjunto de unidades que interactúan de manera simultánea y de forma funcional. Siendo unidades que se necesitan uno con otro recíprocamente para coexistir, ya que sin la existencia de una unidad carecería de sentido la existencia del otro.

Roles que componen el sistema.

Para que el sistema de tarjeta de crédito pueda funcionar encontramos tantas partes como roles a cumplir dentro del sistema, por lo cual, con la misma finalidad de entender el sistema de la tarjeta de crédito procederemos a explicar los roles existentes dentro de él.

El primer rol que encontramos es el del administrador, este es ejercido por la organización central que se encarga de las tareas de logística, con todo lo relacionado para manejar el mecanismo, administrar las cuentas y producir la información exacta del sistema. Esta misma organización central se encarga de asignar los códigos numéricos que identifican a los usuarios y sus tarjetas y los establecimientos adheridos, así mismo se encarga de administrar las cuentas que contienen los valores que corresponden a cada operación realizada entre cada usuario y comercio.

Otra función que tiene el administrador es el de recibir los comprobantes de las operaciones con los usuarios pertenecientes al sistema para liquidar las operaciones, por lo que produce la

información necesaria para emitir los documentos de cobro o pago que correspondan efectuarles a los usuarios o a los establecimientos.

El siguiente rol existente en el sistema es el del emisor, éste es el encargado de emitir la tarjeta a nombre del usuario solicitante, pero, no en sentido de emitirlo materialmente sino, mas bien como el esfuerzo promocional que da como resultado obtener clientes que adquieran la tarjeta al precio de un arancel, en términos más conocidos este emisor se encarga de colocar o vender a los clientes las tarjetas, es decir que en el sistema de tarjeta de crédito que conocemos este rol lo desarrolla normalmente un banco o entidad financiera, consistiendo en “ofrecer los servicios del sistema que el usuario adquiere para cursar sus operaciones de consumo a través del mismo” (Reynoso, s.f, p.83).

Otro de los roles que encontramos es el rol del pagador, que Reynoso (s.f) lo describe como el que “mantiene la relación entre el sistema y los establecimientos adheridos” (p.83). Este rol además de pagar a los establecimientos por las operaciones realizadas por el sistema, “abarca la promoción comercial para obtener clientes que sean proveedores de bienes o servicios en el mercado general de consumo” (Reynoso, s.f, p.83).

Su función primordial se resume en ofrecer al establecimiento o comercios la posibilidad de administrar sus cuentas en donde se verán reflejadas las operaciones de consumo general que se efectúen entre los establecimientos y los usuarios. La adhesión del establecimiento al sistema tiene un precio que conforma una de las principales fuentes de ingreso del sistema para subsistir, este precio es un arancel porcentual sobre el volumen del valor de las operaciones cursadas a través del sistema.

Sin embargo, en la práctica este arancel no se cobra, sino, que se rebaja de la cuenta del establecimiento al liquidar los valores que corresponden a las operaciones cursadas.

Uno de los roles más importantes es el del usuario, sin el cual el sistema no podría existir, este está conformado por el cliente de la entidad emisora que hace uso de la tarjeta, puede ser titular o adicional, el primero es el titular de la cuenta quien presentó la solicitud de adhesión al sistema

y del cual se asientan los créditos y débitos emergentes de su condición de usuario, además de tener el derecho de otorgar el beneficio del sistema a otros adicionales, por otro lado, el segundo es aquella persona que es propuesta por el titular para formar parte del sistema sujeto a aprobación por parte del emisor.

Sin embargo, el más importante es el titular pues este tiene la facultad de pedir se excluya el adicional, cerrarle la cuenta o sustituir un adicional por otro, contrario sensu, el adicional no puede realizar lo mismo con respecto del titular, siendo así el titular asume toda la responsabilidad por la cuenta incluyendo créditos propios y del adicional.

El último rol que conforma el sistema de tarjeta de crédito es el del establecimiento adherido, este es el cliente de la entidad pagadora que ofrece sus bienes y servicios a través de la presentación de la tarjeta de crédito, puede ser comerciantes individuales, empresas o servicios públicos, dichos comercios pagan un arancel sobre cada operación pero dicho arancel se puede ver como una inversión porque va a propiciar mayores ganancias al aumentar los volúmenes de producción y mayor potencialidad de clientes, estos establecimientos se unen al sistema mediante una solicitud como los usuarios.

Elementos y Contratos que conforman el sistema de tarjeta de crédito.

Como ya hemos analizado en los apartados anteriores la naturaleza jurídica del contrato de tarjeta de crédito es compleja, ya que no es un solo contrato de tarjeta de crédito, sino, que es un conjunto de contratos sistematizados que dan origen a una relación tripartita por medio de tres tipos de contratos que procederemos a explicar en el siguiente apartado, el primero es el contrato de apertura de crédito que se da entre la entidad emisora y el usuario, el segundo es el contrato de afiliación entre la entidad emisora y los comercios y establecimientos afiliados, y el tercero es un contrato de compra de bienes y servicios entre el usuario y los comercios afiliados.

Respecto a la complejidad del sistema de tarjeta de crédito Rodríguez Azuero menciona:

Como es sabido, la mecánica de utilización de las tarjetas de crédito permite a sus tenedores dirigirse a cualquiera de los establecimientos afiliados al sistema, para adquirir en ellos, bienes y servicios que serán cancelados al contado, mediante la firma de un comprobante de venta o utilización de servicios. En su momento, los establecimientos afiliados presentarán a la entidad crediticia de la tarjeta, el comprobante para que ésta le reembolse la cantidad correspondiente. (Rodríguez, 1977, citado por Soler, 1983, p.65)

El contrato de tarjeta de crédito funciona debido a la existencia de estos tres contratos independientes pero sistematizados por medio del cual, a falta de uno, no podría existir el sistema de tarjeta de crédito. Al respecto “el sistema (de la tarjeta de crédito) funciona con la combinación de ellos (los contratos), de modo que si uno falta hace inefectivo a los otros dos” (Sarmiento, s.f, citado por Arias et al., 1997, p.34). Es decir, dicho sistema está conformado por contratos individuales sistematizados, por lo que la carencia de uno como consecuencia produce la ineficacia de los otros dos.

El hecho de estar sistematizados los contratos hace que funcionen coordinadamente con un objeto global predominante que les da unidad de acción como si se fuesen provenientes de un solo contrato. En el mismo sentido las relaciones contractuales que se derivan del contrato de tarjeta de crédito son considerados como contratos atípicos con un carácter vinculatorio para las partes, al respecto Brenes explica cuales son los contratos atípicos:

Son aquellos que el legislador no ha tomado en consideración determinar ni ha distinguido con nombres particulares a causa de que por su variedad no permiten concreta clasificación. Cuando en la especie que se ventile, el contrato es de los nominados, la resolución que se de deberá conformarse con los preceptos legales correspondientes al respectivo tipo de contrato; y cuando se trate de uno calificable como innominado el punto se resuelve con la regla de los principios generales que rigen la contratación. (Brenes, 1923, citado por Soler, 1983, p.66)

Relación Contractual entre Entidad Emisora y Usuario.

Siguiendo la tesis de inicio, la primera relación contractual que encontramos es la que se da entre la entidad emisora y el usuario por medio de un contrato que se denomina contrato de apertura de crédito y según Carrillo es el “contrato base” para el surgimiento del sistema en análisis. (Carrillo, s.f, citado por Soler, 1983, p.69)

El inicio de este contrato base se da mediante la apertura de una línea de crédito la cual podemos definir como una forma de crédito otorgado por un ente financiero o un banco a favor del cliente para que este pueda disponer hasta un cierto límite. Es decir, es cuando “una entidad bancaria se obliga a mantener a disposición de una persona una suma de dinero, dentro de un límite de tiempo determinado o indeterminado... su función es satisfacer la necesidad crediticia de un comerciante” (Álvarez, 2012, p.216).

Esta primera relación contractual que procedemos a estudiar consiste en la disposición por parte de la entidad crediticia (que puede ser un banco o una entidad financiera) de una cantidad de dinero a favor del usuario para que disponga de dicha cantidad en los establecimientos afiliados al sistema, es decir el acreditante abre al usuario llamado acreditado un sistema o línea de crédito por un monto determinado previo estudio de solvencia, para que haga uso de ese monto por medio de obligaciones y pagos a comercios afiliados. Dichos comercios presentan los comprobantes ante el acreditante el cual paga a éstos el monto indicado y posteriormente cobra al usuario.

Con respecto a este primer contrato Sarmiento (s.f) define que:

Es un contrato por el cual un sujeto, (sea un banco, entidad financiera o cualquier sujeto) se obliga a cambio de una remuneración, a mantener a disposición de la otra parte, dinero u otorgar avales o cualquier otra garantía que le permitan obtener dinero, hasta por un determinado monto, en los términos y condiciones establecidos, obligándose a la contraparte a pagar, además de la comisión, las sumas utilizadas e intereses respectivos en a forma y plazo estipulado. (p.19)

Por otro lado, según Mejía (s.f):

Es el contrato en virtud del cual el banco se obliga a poner una suma determinada de dinero a disposición del cliente, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que él mismo pueda hacer uso del crédito concedido, cuando lo desee, en la forma, términos y condiciones establecidos; quedando el cliente obligado a restituir al banco la sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo y, en todo caso, a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que en el contrato se estipulen. (p.132)

En otras palabras, línea de crédito es un crédito permanente revolutivo que puede ser usado en cualquier momento y el cual debe de ser cubierto en los plazos y condiciones que indique el contrato de apertura, por otro lado, encontramos que además del crédito disponible para el cliente puede existir un sobregiro el cual se da cuando se excede el límite de crédito, el cual más adelante abordaré.

Así mismo Álvarez (2012) menciona que la apertura de crédito se divide en dos tipos, el contrato de crédito simple y el contrato de crédito en cuenta corriente y de disponibilidad rotatoria, éste último lo conceptualiza como el tipo de contrato que:

Le permite al acreditado, en la medida que utilice el dinero puesto a su disposición, que lo pueda reintegrar de manera parcial, de modo que siempre disponga de parte del monto disponible y el límite máximo del crédito nunca se agote. Este tipo de apertura de crédito, como se afirmó, también se denomina rotatorio. La garantía dentro de este tipo contractual de crédito tiene gran importancia: puede ser real o personal, y extenderse para cubrir las cantidades que el acreditado utilice dentro de los límites de su crédito... El ejemplo más claro está en la operación de la tarjeta de crédito, que casi siempre, está soportada en un contrato de apertura de crédito con modalidad de cuenta corriente y operada a través de una cuenta corriente bancaria. (p. 217)

Para profundizar sobre este contrato base, procedo a dividirlo en dos aspectos, el primero va a ser el contenido del contrato de apertura de crédito, el segundo va a ser su naturaleza jurídica.

Contenido.

Conforme al primer aspecto vemos que es un contrato por medio del cual una persona llamada acreditante se obliga con otra llamado acreditado a poner a su disposición una cantidad de dinero determinado con el fin de ser utilizado en los comercios afiliados a través de la tarjeta de crédito. Dicho crédito tiene la característica de ser rotativo lo cual significa que el usuario al cancelar el monto de sus transacciones realizadas mensualmente, el monto del crédito por el importe anterior se vuelve abrir a su disposición.

En cuanto a la disponibilidad de un monto, que se constituye como la obligación del acreditante, Messineo (1955) señala:

En el contrato de apertura de crédito, encuentra aplicación destacada el concepto de disponibilidad (o poder de disponer), tanto, que alguien haría de él un contrato de disponibilidad, como ocurre en el contrato estimatorio. La disponibilidad consiste en el poder de empleo de una suma ajena, en los modos más variados, entre los cuales culminan la enajenación de ella y la posibilidad de convertirse en su propietario. Antes del ejercicio mismo, el poder de disponer no atribuye un derecho real, sino un derecho de crédito. Sin embargo, se trata de un derecho de crédito de particular eficacia, puesto que depende únicamente de la voluntad de quien esté investido del mismo, la posibilidad de convertirlo en derecho real. Desde el punto de vista de efecto práctico, quien tiene la disponibilidad, tiene uno de los atributos normales de la propiedad, aún no siendo propietario. (Messineo, p.130)

En cuanto a los elementos que constituyen el contenido del contrato tenemos la cuantía, ésta constituye una cláusula que debe venir incorporada en el contrato expresando el monto máximo hasta el cual el Banco o entidad emisora esta dispuesto a poner a disposición del usuario, sin embargo este elemento varía de usuario en usuario, el segundo elemento es el plazo que hace referencia al lapso por el cual el acreditante se encuentra obligado a mantener la disponibilidad del monto pactado a favor del usuario, también tenemos la remuneración como parte de otra cláusula aquí se expresa el monto de comisiones, intereses y pagos mínimos, el último elemento que considero importante su explicación es la garantía, la cual a breve modo, es la forma de garantizar

por parte del usuario sus obligaciones mediante la aportación de garantías ya sean personales o reales a favor del acreditante, una de las más utilizadas y que nos tomará un apartado más adelante es la fianza la cual Acuña y Arce (1991) citan “las obligaciones que asume el cliente frente al Banco, pueden ser respaldados, sea, por medio de una garantía real o personal, pero en estos casos es indispensable que en el mismo contrato quede constancia de la misma” (p.134).

El contrato de apertura de crédito se califica como un contrato de adhesión ya que incluye condiciones generales que son impuestas por la entidad emisora y de las cuales el usuario solamente se adhiere con su simple aceptación y firma, es decir que ante este contrato no existe una negociación previa, aspecto que detallaremos más adelante en la naturaleza del mismo contrato.

La importancia de este tipo de contrato se centra en la necesidad de las personas de adquirir dinero, pero que en algunas ocasiones no saben cuánta cantidad con exactitud, ni con qué exactitud lo van a utilizar, por lo cual como consecuencia acuden a entidades emisora en busca de una línea de crédito en lugar de un préstamo ordinario, por lo que se convierte como objeto de este contrato no el dinero mismo, sino la disponibilidad del crédito otorgado a favor del usuario.

Para finalizar el contenido de este contrato Rodríguez (1979), citado por Soler (1983) afirma que según su criterio el contrato utilizado en la tarjeta de crédito es la apertura de crédito en cuenta corriente:

El contrato de apertura de crédito es en cuenta, 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 reembolsar total o parcialmente la parte del crédito que haya dispuesto para aumentar la cuantía de la cantidad disponible. (p.71)

Naturaleza Jurídica.

En cuanto al segundo aspecto, la naturaleza jurídica del contrato de apertura de crédito diferentes autores analizan su naturaleza y mencionan sus características y la posibilidad de

asemejarlo a otras figuras ya tipificadas en nuestro ordenamiento, sin embargo, después de un arduo análisis procedo a mencionar los que considero importantes.

Bilateral.

El contrato de apertura de crédito es bilateral porque participan dos partes, la entidad emisora y el usuario o tarjetahabiente, dichas partes adquieren obligaciones recíprocas ya que la entidad crediticia o emisora se obliga a mantener la disponibilidad de un monto al usuario por el cual convinieron, por otro lado, el usuario se obliga a restituir en las condiciones pactadas dicha suma de dinero acogiéndose a las características del crédito rotativo.

Oneroso.

Es un contrato oneroso ya que existe la búsqueda de un beneficio y utilidad porque ambas partes se dan ventajas mutuas, siendo así para la parte emisora la ventaja que dicha tarjeta reporta una utilidad por medio de las comisiones por las compras que realiza el usuario, y por el otro lado el usuario se beneficia al tener la tarjeta como un medio de pago suficiente para realizar transacciones comerciales con los comercios afiliados, es decir que su ventaja o utilidad es la disposición del crédito.

Consensual.

Es consensual ya que se perfecciona con el solo consentimiento de las partes, su objeto es el goce de la disponibilidad de la suma determinada, sea que el usuario lo utilice o no el contrato seguirá existiendo, es decir el contrato nace y se perfecciona cuando las partes llegan a un acuerdo. “Se forman y perfeccionan por el solo consentimiento de las partes, independientemente de toda formalidad extrínseca, como la compraventa” (Brenes, s.f, citado por Soler, 1983, p.79).

Tracto Sucesivo.

Es un contrato de tracto sucesivo ya que se hace efectivo el presente contrato por la ejecución de múltiples actos, es decir no se agota en una sola utilización, el usuario dispone de forma rotativa del crédito otorgado por el tiempo y en las condiciones acordadas en el contrato.

Dicho crédito se va renovando conforme al monto aprobado y los pagos que pueden ser totales o parciales que realice el usuario. Afirmando lo anterior Ramírez señala:

Los contratos de tracto sucesivo tienen dos variedades según que la prestación haya de ser realizada de manera repetida, en fechas establecidas de antemano (venta a plazos) o cuando lo solicite una de las partes (caso de apertura de crédito en cuenta corriente) o haya de ser realizada de modo continuado y sin interrupción (arrendamiento). (Ramírez, s.f, citado por Soler, 1983, p.81)

Adhesión.

Es un contrato de adhesión, esta es una de las características más importantes ya que considero que es algo a tomar en consideración al optar por una tarjeta de crédito, en este tipo de contratos las cláusulas y condiciones son impuestas por solamente una parte, que es el ente emisor, y la otra parte solo se limita a adherirse con su consentimiento y firma, no existe ninguna discusión previa, todo por agilidad con respecto a la materia bancaria.

El contrato de adhesión de apertura de crédito es confeccionado por la entidad emisora, normalmente un banco o entidad financiera, viene autorizado por el Banco Central de Costa Rica y debe además cumplir con las estipulaciones contenidas en el decreto 35867-MEIC Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito.

Afirmando lo anterior Arias et al. (1997) cita:

En los contratos de adhesión el contenido del contrato es obra de una de las partes. El otro contratante no ha contribuido a determinar ese contenido y se ha limitado a manifestar su acuerdo, simplemente. Por ello se dice que estos contratos de adhesión, en el sentido de que una de las partes se pliega totalmente a un contenido contractual previamente establecido sin su participación. (Baudrit, 1990, citado por Arias et al. 1997, p.44)

Siguiendo la línea de la naturaleza jurídica del contrato de apertura de crédito nuestros Tribunales Civiles afirman que no es un contrato de cuenta corriente al poseer caracteres que no los presentaba la tarjeta de crédito, al respecto mencionan:

La tarjeta de crédito representa un negocio jurídico complejo. En la unidad configurada por él, convergen una serie de relaciones jurídicas diversas, donde los vínculos que unen a sus respectivos intervinientes están gobernados por una regulación propia y presenta una naturaleza jurídica autónoma e independiente. Sin embargo, dentro del sistema, y en aras de la necesaria complementación, se desprende de su respectiva y peculiar eficacia para integrarse recíprocamente. (Sala Primera de Casación, 1992, N81)

Entre la entidad crediticia y el tarjetahabiente. Dicen tratarse de un contrato de apertura de crédito. No es un pacto de cuenta corriente o cuenta bancaria. Si no un crédito abierto, reutilizable, por suma fija y fecha de cancelación preestablecida... La apertura de crédito es un contrato típico bancario en otros países. Aquí lo debemos calificar de atípico. (Tribunal Superior Civil, 1980, N377)

Así mismo, con referencia a la naturaleza jurídica del contrato de apertura de crédito el autor Ferri (s.f) citado por Bauche (1981) menciona “es de la idea que la esencia de este contrato se sustancia en la atribución al acreditado del poder pretender un determinado comportamiento del banco; esta apertura de crédito tiene como función típica la creación de la disponibilidad” (p.260).

Sobre la relación contractual existente entre la entidad emisora y el usuario se puede decir que se divide en tres momentos fundamentales: El primero es la solicitud del crédito por parte del usuario una vez aceptada la solicitud por parte del emisor se dictan las reglas a observar, el segundo es el momento en que el usuario hace uso del crédito disponible a su favor al respecto Messineo (1955), citado por Bauche (1981) menciona que la disponibilidad consiste en el poder de empleo de una suma ajena, en los modos más variados, entre los cuales culmina la enajenación de ella y la posibilidad de convertirse en su propietario, por último, el tercer momento es cuando el usuario paga al emisor por medio de pagos totales o parciales hacia el capital o intereses, además de la comisión pactada con anterioridad.

A manera de síntesis el objeto del contrato que nos abarca en este apartado es la disponibilidad de un monto establecido previamente por las partes, no necesariamente el goce de tal suma, al respecto:

El objeto propio del contrato, su razón de ser para ambas partes, pero en forma específica para el cliente, es contar con una disponibilidad de obtener el crédito de dinero o de firma dentro de cierto tiempo, si el contrato se ha celebrado a plazo, o indefinidamente, si ésta es la modalidad adoptada en el acuerdo. (Rodríguez, s.f, p.369)

Messineo (1955) menciona su criterio sobre el objeto del contrato como:

Un mero derecho de crédito; no podrá considerarse que el acreditado, por el hecho de tener la disponibilidad de la suma, sea desde luego su propietario y que el acreditante no la tenga ya más en su patrimonio. En la apertura de crédito la disponibilidad constituye la especial condición del acreditado, por la cual puede siempre convertirse en propietario de la suma, o bien ordenar al acreditante transferirla a otros (sino fuera revolutiva); pero nada más que esto. (p.304)

Es decir, la disponibilidad hace referencia al monto o línea de crédito que el acreditado o tarjetahabiente puede extraer en esa oportunidad sujeta siempre al monto autorizado por la entidad emisora de la tarjeta de crédito.

Un análisis referido a nuestro país es que el contrato de apertura de crédito es un contrato atípico ya que es falta de individualidad y regulación legal y se rige por las normas generales de la contratación, al respecto, ni en el:

Código Civil ni en otra ley, deben juzgarse por analogía con los tipos contractuales mas afines, por los principios generales de las obligaciones y contratos y, en último extremo, por lo principios generales del derecho, que dan amplio margen al árbitro judicial. Ahora bien: a esos criterios, solo debe recurrirse cuando la interpretación de la voluntad de las partes, no alcanza como pauta para determinar el contenido del contrato, ya que el mismo es la primera ley para ellas, los tratadistas Mazeaud, coinciden en esta clasificación, en términos generales en cuanto a los contratos atípicos o nominados, dicen que el Juez debe interpretarlos fuera de la voluntad expresa de las partes, que no se oponga la ley conforme normas típicas más afines. (Pérez y Alguer, s.f, citado por Soler 1983, p.76)

Es importante reiterar que el contrato usado en la tarjeta de crédito es el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente bancaria, siendo que la cuenta corriente bancaria es un:

Contrato por el cual una institución financiera y su cliente convienen (sin perder de vista que se trata de un contrato de adhesión) la regulación de actos que implican un flujo normalmente continuo de dinero... que puede provenir de operaciones activas o pasivas. (Jiménez, s.f, p.6)

Así las cosas, la cuenta corriente bancaria se relaciona con otros contratos, es decir, existen otros contratos que pueden utilizar la plataforma creada por el contrato de cuenta corriente bancaria, como lo es el contrato de apertura de crédito que está bajo estudio, éste último constituye una “modalidad de crédito que una entidad financiera puede conceder al cliente para que éste haga uso a través de la cuenta corriente bancaria” (Jiménez, s.f, p.8).

Es decir, el contrato de tarjeta de crédito es una modalidad de apertura de crédito, por lo que como consecuencia puede hacerse su administración por medio de la cuenta corriente bancaria, porque constituye una modalidad de línea de crédito.

El Sobregiro en el Contrato de Tarjeta de Crédito.

Conforme la línea de estudio del contrato de apertura de línea de crédito, veo de alta importancia conceptualizar el término “sobregiro” para seguir con el estudio de los demás contratos incorporados dentro del contrato de tarjeta de crédito, siendo que éste instituto es elemento base para la presente investigación y amerita un estudio más profundo, además del abordaje anteriormente mencionado sobre como la apertura de crédito es una modalidad de línea de crédito que puede usar la plataforma creada por la cuenta corriente bancaria, por lo tanto “el sobregiro es un instituto que puede darse en cualquiera de las modalidades de la cuenta corriente bancaria” (Jiménez, s.f, p.11).

Para conceptualizar el término “sobregiro” encontramos que diferentes doctrinas le atribuyen alcances distintos, por mencionar un ejemplo, Venezuela conoce como sobregiro “todo aquel giro que se haga contra ccb (cuenta corriente bancaria) cuya provisión de fondos provenga

de un crédito concedido por la institución donde radica la ccb, en contraposición a los giros precedidos de depósitos, que no causan sobregiro” (Jiménez, s.f, p.11).

Lo podemos definir según Marcuse (s.f), citado por Jiménez (s.f) “se da cuenta una línea de crédito es otorgada al titular de la cuenta y él puede, dentro del monto de la misma sobregirar la cuenta voluntariamente cada vez que lo necesite o lo estime necesario” (p.12).

Esta modalidad de sobregiro el autor Jiménez (s.f) lo llama “sobregiro como apertura de crédito... según SUGEF oficio AG-1018-83 sobregiro documentado” (p.12). Cabe destacar que este tipo de sobregiro puede darse en cualquier caso en que medie una apertura de crédito administrada por medio de una cuenta corriente bancaria, es decir, incluyendo la tarjeta de crédito como una modalidad de apertura de crédito.

Según nuestro Código de Comercio:

ARTÍCULO 632 bis. - El sobregiro bancario o crédito en cuenta corriente es un contrato por medio del cual un banco abre un crédito a un cuentacorrentista, para sobregirarse en su cuenta por un monto mayor a sus haberes. Los giros contra la autorización podrán hacerse mediante cheques, tarjetas de cajero automático, tarjetas de débito o cualesquiera otros medios que las partes convengan. El saldo que resulte al finalizar el contrato de sobregiro bancario podrá ser exigido por el medio de garantía que acordaron las partes, o por la vía ejecutiva simple. (Código de Comercio, artículo 632 Bis)

Al respecto, Jiménez (s.f) menciona:

Dicho artículo define el sobregiro bancario como una apertura de crédito en cuenta corriente tesis que nos confirma el citado oficio AG 1083-83 de la hoy SUGEF, sin que el hecho de que el art. 632 bis CCO solamente defina esa modalidad, nos haga asegurar que en Costa Rica no existen otras, pues si bien no es ya posible afirmar que el oficio citado es base para sostener que caben otras modalidades. (p.12)

Este artículo guarda una relación muy importante con el segundo párrafo del artículo 611 del Código de rito, ya que en ambos artículos se menciona el concepto sobregiro, sin embargo, según el criterio del doctrinista Parajeles (2004) “guardan relación solamente en lo que se refiere a sobregiros de una cuenta corriente”.

En comparación con otras legislaciones, en nuestro país es válida la tesis que comprende:

Existen autores y legislaciones en donde no existe calidad de sobregiro al giro cuya provisión de fondos provenga de un crédito otorgado por la entidad donde radica la ccb, toda vez que consideran que el crédito concedido causa la provisión de fondos, o sea, al concederse el crédito, la ccb se aprovisiona de fondos, por lo que no es posible hablar de sobregiro, si por él se entiende cuando se gira sin que previamente a la presentación del giro, se haya pactado con la entidad una disponibilidad de fondos, consecuentemente si por disponibilidad se entiende la existencia de fondos por previo acuerdo con el girado, sea por depósito o crédito. (Jiménez, s.f, p.12)

En Chile se sigue dicha teoría, al respecto, “sobregiro documentado no es tal, pues la expresión quedar limitada a los casos en que el giro se presenta sin que medie provisión de fondos previamente pactada con el girado, y la entidad pague” (Jiménez, s.f, p.12).

De lo anterior se desprende, que en Costa Rica el término de sobregiro comprende la aceptación de que la provisión de fondos provenga del crédito otorgado, es decir de la línea de crédito que se abrió a un tarjetahabiente, siendo este el que sobrepase dicho límite aperturado.

Al respecto Jiménez (s.f) mencionada haciendo énfasis en el criterio de la Contraloría General de la República en su oficio 13629 DFOE-EC-0698 del 2013:

A nuestro juicio teóricamente la acertada, sin poder en todo caso negar que el art. 632 CCO sostiene lo contrario, por lo que en nuestro derecho positivo toda ccb fondeada con crédito concedido por la entidad donde reside la ccb es sobregiro, aunque “no se debería de hablar de sobregiro cuando un banco previamente otorga un crédito al cuentacorrentista, pues

jurídicamente ese es un medio para lograr la disponibilidad de dinero aunque no sea por la vía del depósito- no haría sobregiro, término este último que debería limitarse en los casos en que se giran sumas cuando no hay provisión suficiente de fondos”. (p.12)

Por otro lado, podemos resaltar es el criterio del MEIC en el Voto número 484-14 con respecto a temas como el sobregiro y prueba idónea, en dicho caso la tarjetahabiente entabla denuncia contra Credomatic S., debido a que la accionante suscribió un contrato de tarjeta de crédito el cual era necesario que el tipo de tarjeta de crédito fuera una que no cobrara nada más que intereses corrientes y moratorios, es decir no cobrara membresía, lo cual así se llevó a cabo, posteriormente se puede notar que en estados de cuenta aportados por la denunciante el aquí denunciado modifica a su antojo la fecha contractual de pago, también a pesar de que los cargos por sobregiros contractualmente eran de \$5 fueron cobrados por un monto de \$10, sin embargo, ante la posibilidad de existir un incumplimiento contractual reflejado en los estados de cuenta en contraposición con el contrato de tarjeta de crédito; la accionante no aportó prueba útil, siendo que aportó copias simples lo cual no permitió comprobar la existencia de la relación contractual entre las partes, como consecuencia es importante destacar la importancia de aportar pruebas útiles para demostrar el derecho que se alega, ya que a criterio del MEIC la prueba aportada carece de valor probatorio necesario para ser tomado en cuenta por lo que no quedó evidenciado el acto de consumo realizado entre las partes, y por consiguiente, tampoco se demuestra el incumplimiento de garantía y la falta de información alegados por la denunciante.

Relación Contractual Entre el Emisor y el Comercio Afiliado.

La segunda relación contractual que encontramos dentro del sistema de tarjeta de crédito es la del contrato de afiliación entre el ente emisor y el comercio afiliado, la cual tiene como fin que el comercio afiliado entregue mercancías o preste servicios a los usuarios de las tarjetas de crédito de la entidad emisora al momento de presentar tal tarjeta. Podemos definirlo como:

Convención celebrada entre el establecimiento crediticio y una persona natural o jurídica, en virtud de la cual, la segunda se obliga con el primero a aceptar que los usuarios de las tarjetas de crédito expedidas por el instituto emisor, cubran el importe de sus compras de bienes y

servicios. Esto mediante la presentación de la tarjeta de crédito y la firma de un comprobante de venta, que serán cancelados por el banco en cuanto se presente. Se realizará por pago directo o consignación en cuenta corriente del establecimiento afiliado. (Sarmiento, s.f, citado por Soler, 1983, p.98)

En el mismo orden de ideas, procederemos a analizar el contrato de afiliación desde su contenido y su naturaleza jurídica.

Contenido.

Desde el punto de vista sobre su contenido, Mantilla menciona:

Este contenido se plasma en la obligación del afiliado, de aceptar que los tarjetahabientes que suscriban un contrato de apertura con la entidad acreditante cancelen el monto de las mercancías que adquieran o de los servicios que se les preste, con la presentación de las tarjetas y la suscripción de un comprobante de venta, todo sin violentar las condiciones y requisitos que contempla la ley. (Mantilla, 1989, citado por Arias et al. 1997, p.39)

El contenido de este contrato es que el ente afiliado se obliga a aceptar a los usuarios de tarjetas de crédito expedidas por el emisor, a que puedan realizar actos de comercio mediante la presentación de la tarjeta misma, sin efectivo, cheques, etc., y además de la firma del comprobante de venta emitido por el comercio y la entidad emisora se obliga a pagar al comerciante los comprobantes que este demuestre producto las transacciones realizadas por sus usuarios previa deducción de la comisión convenida.

En el contrato que firma el comercio afiliado se establece que se obliga a brindar al usuario los artículos o servicios hasta un límite por el cual se hace responsable dicha entidad emisora, además de este contrato se establece uno accesorio de comodato el cual consiste en la entrega al comercio por parte del emisor crediticio de una máquina para escribir los comprobantes de venta y los datos de cada tarjeta de crédito (datafono). Así mismo, otro contrato accesorio es aquel en donde el emisor se obliga a incluir el nombre del afiliado en los directorios que publique y a su vez el afiliado

pone en lugares visibles de su establecimiento publicidad que acredite su condición de afiliado al sistema de tarjeta de crédito.

El funcionamiento de este contrato se resume en la posibilidad del usuario de obtener en un gran número de establecimientos comerciales crédito para poder adquirir sus bienes y servicios mediante la sola presentación de la tarjeta de crédito, posteriormente el comerciante con la documentación necesaria para comprobar el monto adeudado la presenta al ente emisor quien se obligó a reembolsar las cantidades adeudadas por sus usuarios, pero previo a esto hace una deducción de un monto según la cantidad de ventas y el tipo de negocio.

Es decir, que el contenido de este contrato implica la obligación del comercio afiliado a poner a disposición del usuario sus bienes o servicios ante la presentación de la tarjeta de crédito previo verificación de identidad.

Naturaleza Jurídica.

Por otro lado, la naturaleza jurídica de este contrato radica en que es un contrato atípico ya que ninguna norma jurídica contempla dicho contrato aparte de la voluntad de los contratantes que significa ley entre ellos.

También es un contrato bilateral porque deben participar al menos dos partes, las cuales deben de estar de acuerdo y expresar su consentimiento. Es oneroso por cuanto que su finalidad es que las partes obtengan beneficios, por su parte el comercio afiliado vende al contado y cobra al emisor, por el otro lado el emisor cobra al usuario ganando una comisión por las ventas.

Es consensual ya que se considera perfeccionado como el primer contrato que analizamos, con tal solo el hecho del acuerdo de voluntades entre las partes, el afiliado sin más formalismos solamente consiente y forma parte del sistema de tarjeta de crédito.

Es accesorio ya que las obligaciones nacidas de dicha relación entre el emisor y el comercio están supeditadas a que el usuario de la tarjeta la utilice para el pago de sus operaciones, al suceder

esto se da la efectividad y ejecución del contrato de afiliación, pero siempre dependiendo de la voluntad del usuario haciendo uso de la tarjeta.

Como conclusión y también característico de los contratos bancarios, es de adhesión como el pasado contrato analizado, ya que son contratos pre impresos hechos por la entidad emisora y de la cual ésta crea todas las cláusulas; y la otra parte siendo el comercio afiliado solamente se adhiere, es decir, tampoco al igual que el contrato de apertura de crédito, existe una negociación antes de consentir, solamente se limita a aceptar todo o nada del contrato, a excepción de que se trate de un cliente de mucha importancia y se negocie el porcentaje a pagar y el plazo de cancelación en tal caso se prescinde de dicha característica.

Relación Contractual entre el Comercio Afiliado y el Usuario.

Del desarrollo del sistema de tarjeta de crédito surge el último contrato, pero no menos importante ya que es el que pone en movimiento los anteriores contratos estudiados, el usuario es quien pone a funcionar según su voluntad ya que, a falta del uso por parte de éste, no tiene ningún efecto la tarjeta de crédito.

La ejecución de este contrato se encuentra condicionado a que el usuario haga su uso, es decir, se da cuando éste hace uso de la disponibilidad del crédito otorgado por la entidad emisora y el afiliado acepta la tarjeta de crédito como medio de pago supeditado a la firma del usuario en el comprobante de venta. Al respecto Sánchez y Raynholds (s.f), citados por Arias et al. (1997) mencionan:

El tarjetahabiente dispone de su crédito rotativo, y el afiliado acepta el pago mediante firma del comprobante de venta, pero el momento en que manifiesta su voluntad, es cuando decide pagar con su tarjeta de crédito una obligación. Cuando se firma el comprobante de venta se pone en marcha el sistema. Se puede decir que algunas de las obligaciones que surgen del contrato de afiliación dependen de un hecho futuro e incierto que puede o no acontecer, es una condición suspensiva a que somete el ente emisor al afiliado cuando perfeccionan el

contrato. Si el usuario hace uso de la tarjeta, se presentan estas obligaciones para las partes, de lo contrario parte del contrato de afiliación no se ejecutan. (p.65)

Con respecto a lo anterior, podemos determinar que algunas de las obligaciones que surgen de la relación contractual entre el afiliado y el usuario, dependen de un hecho futuro e incierto, lo cual constituye una condición suspensiva a la cual se somete el comercio afiliado y el ente emisor al realizar el contrato de filiación.

Es importante aclarar que la relación contractual entre estas dos partes se puede reflejar en una serie de contratos de diferente tipo, pero ninguno de estos se da por escrito o mediante un contrato preestablecido, algunos de los contratos más comunes entre el comercio afiliado y el usuario son: el contrato de compraventa, de transporte, de hospedaje, de arrendamiento, de prestación de servicios, que seguidamente procederemos a explicar.

Afirmando lo anterior:

La relación contractual que se genera entre el usuario y el afiliado depende del tipo de contrato que se efectúa entre ellos. Lo que demuestra que ha existido esta relación, es el comprobante de venta gravado por el afiliado en la máquina dada en comodato por el ente emisor, y la firma de dicho comprobante por parte del usuario. (Sánchez y Raynholds, s.f, citado, por Arias y Sánchez, 1997, p.65)

Igualmente, cada contrato que puede surgir de la relación contractual que nos embarca son independientes en sí mismos, al respecto:

El Banco no asume ninguna responsabilidad por la calidad, la cantidad o cualquier otra cualidad, característica o defecto de las mercancías o servicios que se adquieren u obtengan mediante el uso de la tarjeta, ya que, en los respectivos contratos para obtener tales mercancías o servicios, el Banco es un tercero. Los correspondientes reclamos, si los hubiere, deberán ser dirigidos contra el vendedor o prestador del servicio. Sin que puedan oponerse al Banco

excepción derivados de esas relaciones contractuales, cuando éste ponga al cobro las respectivas facturas. (Arias et al. 1997, p.35)

Las relaciones contractuales entre dichas partes son independientes en sí mismas, ya que sin estar vinculados contractualmente surgen distintas clases de relaciones que permiten la ejecución del sistema, ya que ningún usuario tiene tarjeta para no utilizarla, ni tampoco ningún comercio se afilia para no admitir la tarjeta. Sin embargo, la negativa a aceptar la tarjeta por parte del comercio afiliado no puede serle reprochable ya que no ha habido contrato entre éstos, así mismo, el emisor tampoco puede reclamar al comercio en nombre del usuario porque entre usuario y establecimiento nunca hubo contrato, en el mismo sentido, el usuario si puede reclamar ante el emisor porque entre ellos si existe una relación contractual y puede responsabilizarlo por incumplimiento.

En resumidas cuentas, la relación existente entre el usuario y el comercio afiliado va a depender del tipo de contrato que realicen, dicho contrato va a tener la naturaleza que le corresponda según la operación jurídica realizada, al respecto nuestros Tribunales de Justicia señalan “Entre el establecimiento y el tenedor de la tarjeta. Su naturaleza depende del tipo de contrato que se realice: compraventa, hospedaje, arriendo de servicios, transporte, seguros, etc.” (Tribunal Superior Civil, N377, 1980).

Contrato de Compraventa.

Seguidamente, el primer contrato que procederemos a desarrollar es el contrato de compraventa, siendo este uno de los más utilizados ya que la tarjeta de crédito es un medio de pago para adquirir bienes, el presente contrato se refiere solamente a bienes muebles, consistiendo en que el establecimiento afiliado se promete a transferir la propiedad de una cosa mueble y el usuario se compromete a pagarla de contado mediante la firma del comprobante al presentar la tarjeta de crédito.

Este contrato de compraventa es de tipo mercantil y se encuentra regulado dentro de los actos de comercio que establece el artículo 1 de nuestro Código de Comercio, y las partes que intervienen son el usuario y el comercio afiliado, en donde al menos una de ellas es comerciante. Así mismo

al ser mercantil las obligaciones que surjan de esta relación se rige por las disposiciones que las partes hayan convenido y las normas del Código de Comercio.

Se dice que es un contrato de contado, dicha característica se encuentra en los contratos que más adelante desarrollaremos, es así porque el precio de la compraventa se paga con la firma del comprobante de venta equiparándolo así a dinero en efectivo, la firma libera al usuario de sus obligaciones.

Contrato de Transporte.

Este contrato consiste en que el establecimiento afiliado se obliga con el usuario por un precio de conducirlo de un lugar a otro en determinado medio y plazo, este contrato es solamente de personas ya que el transporte de cosas no se encuentra incluido en el sistema de tarjeta de crédito ya que las empresas que transportan cosas no se afilian al sistema, sin embargo por otro lado el transporte de personas se lleva a cabo por agencias de viajes y líneas aéreas que se afilian a dicho sistema, es también consensual porque se perfecciona con el acuerdo en cosa y precio entre las partes.

Al igual que el contrato anterior, es de contado ya que el precio del pasaje es cancelado por medio de la firma del comprobante que se iguala a dinero en efectivo.

Contrato de Hospedaje.

Este contrato consiste en el alojamiento y servicios accesorios que pueda ofrecer un hotel o cadena hotelera al usuario, se perfecciona con el consentimiento en el acuerdo de voluntades de las partes, es mercantil ya que al menos una de las partes que intervienen es comerciante, en dicho caso sería el hotel, es de contado porque al firmar el comprobante se tiene por pagado como si fuese dinero en efectivo.

Este contrato no se encuentra regulado en nuestro Código Civil ni en el Código de Comercio, por lo cual se rige por las disposiciones de las partes.

Contrato de Arrendamiento.

Este contrato consiste en el uso y goce temporal de un bien mueble por parte de una persona, que vendría siendo el usuario de la tarjeta de crédito, regula el uso temporal pero no la compra del bien. “El uso de la tarjeta de crédito permite también el goce temporal de un bien mueble por parte de una persona” (Sánchez y Raynholdz, s.f, citado por Arias et al. 1997, p.70).

La expresión más común de este tipo de contrato es el de alquilar un automóvil, al igual que los demás contratos es consensual, mercantil y de contado.

El arrendador afiliado adquiere la obligación con el usuario de entregar la cosa arrendada y a mantenerla en estado de servicio, evitando cualquier perturbación en el goce de ella. El usuario se obliga a utilizarla, a pagar el precio y a devolverla. El contrato se hace sobre bienes muebles, siendo el más común el alquiler de automóviles. (Sánchez y Raynholdz, s.f, citado por Arias et al. 1997, p.71)

Contrato de Prestación de Servicios.

El último contrato que analizaremos será la prestación de servicios profesionales, los cuales no están regulados ni en el Código Civil ni en el de Comercio.

La prestación de servicios se refiere a servicios distintos de los anteriores. Por ejemplo, médicos, de odontología, servicios clínicos, laboratorios, etc... Estos contratos se regulan a falta de estipulación de las partes, por las disposiciones generales del Código Civil, acerca de la interpretación de los contratos. Son por lo general contratos atípicos, consensuales, onerosos, bilaterales y cuyo pago es de contado. (Sánchez et al. s.f, citado por Arias y et al. 1997, p.72)

Instrumentos de garantías dentro del contrato de tarjeta de crédito

Como hemos venido estudiando el sistema de tarjeta de crédito es complejo, tienen una variedad de relaciones contractuales, partes, obligaciones, roles, etc., sin embargo dentro de su complejidad no encontramos medios para obligar a las partes que intervienen en el sistema a

cumplir lo estipulado, es decir el contrato de tarjeta de crédito no contiene medios de garantía en sí mismo, lo anterior aunado al presupuesto principal de este sistema, el cual es la recuperación del dinero por parte del acreditante que ha pagado en favor de sus usuarios, es que nace la necesidad de crear instrumentos de garantías de forma accesoria al contrato de tarjeta de crédito, los cuales van a consistir en satisfacer a su cargo el interés del acreedor, es decir que el ente acreditante va a recuperar el dinero otorgado en favor del usuario ya sea por medio del patrimonio del deudor o ejecutando el medio de garantía.

Garantía es “todo recaudo que toma el banquero y le da una relativa seguridad de que no soportará un quebranto en caso de incumplimiento del prestatario, a la vez que presiona sobre el último induciéndolo a cumplir”. (Rodríguez, 1980, p.229 citado por Arias et al. 1997, p.78).

Así mismo el artículo 981 del Código Civil señala “todos los bienes que constituyen el patrimonio de una persona responden al pago de sus deudas”

El ente acreditante antes de solicitar una garantía accesoria y de aceptar al usuario como tal, realiza un estudio para determinar la posibilidad de pago que tiene el tarjetahabiente, por medio de un estudio de salario, estudio de bienes, posibles deudas que pueda tener; siendo que todos estos factores van a determinar la capacidad de solvencia del futuro usuario y como consecuencia de ésta se le pedirá la garantía.

Así las cosas, se desprenden del contrato de tarjeta de crédito que si el usuario incurre en un incumplimiento de pago exista la posibilidad de gestionar judicialmente el cobro del saldo adeudado por este último, ya que el acreditante debe buscar una forma para poder recuperar los saldos no cancelados, este proceso a groso modo podemos decir que se lleva a cabo por la vía sumaria y se basa en el documento firmado por el usuario como garantía accesoria.

Álvarez (1981) menciona:

Las garantías son el respaldo que le da seguridad a la entidad bancaria o ente financiero para que tenga certeza de que, ante un eventual estado de mora o cesación de pago del

deudor, tiene la posibilidad de recobrar su crédito por la garantía que le ha sido otorgada. (p.148)

Los mecanismos de garantía más comunes existentes en nuestro ordenamiento jurídico son la letra de cambio, el pagaré, el aval y la fianza, los cuales procederemos a mencionar, sin embargo, nos adentraremos en la fianza que constituye un punto primordial en esta investigación.

Letra de Cambio.

La letra de cambio dentro del contrato de tarjeta de crédito debemos limitarlo a mecanismo de garantía y no a título valor ya que se desvirtúa como tal en el sistema de tarjeta de crédito, la letra de cambio funciona como un mecanismo por medio del cual se obliga al usuario tarjetahabiente en el mismo momento de firmar el contrato de apertura de crédito, a constituirse como deudor del ente acreditante o emisor de la tarjeta de crédito, no obstante en la letra de cambio no se indica una fecha de vencimiento, empero, esta omisión se subsana según nuestro Código de Comercio entendiéndose a la vista, sin embargo la letra se firma por un monto que normalmente sobrepasa el límite del crédito otorgado al cliente.

El tratadista Cámara (1970) la define así:

La letra de cambio es el título de crédito formal y completo que tiene la promesa incondicional y abstracta de hacer pagar a su vencimiento al tomador o a su orden, una suma de dinero en lugar determinado, vinculando solidariamente a todos los que en ella intervienen. (Cámara, 1970, pp.191-192, citado por Arias et al. 1997, p.83)

Desde su aspecto formal se define:

Título eminentemente formal, es decir provisto por la ley de una forma escrita y determinada, cuya observancia es condición esencial para la existencia legal de la letra. Es un título completo y sustantivo, es decir un título que debe bastarse a sí mismo, sin contener referencia a otros documentos, sea para completar, sea para modificar el derecho que de la

letra resulte. El derecho que la letra atribuye es un derecho abstracto, es decir, independiente del negocio jurídico que dio lugar a la emisión de la letra. Este carácter abstracto vale, al menos, en las relaciones suscriptor y tercer poseedor de la letra, que no fue parte en el contrato antecedente. El derecho a la prestación que la letra atribuye no puede ser subordinado a condición ni contraprestación. Ciertamente, el acreedor debe realizar algunos actos para conservar su crédito... Pero se trata de requisitos legales (conditiones legis) para el ejercicio del derecho y no de condiciones en sentido técnico. Produce como efecto especial el de obligar cambiariamente y con carácter solidario, a toda persona que pone su firma en la letra, a menos que haya hecho una declaración expresa que le excluya de responsabilidad. Las obligaciones contraídas en una Letra de Cambio son más rigurosas que las obligaciones incorporadas a cualquier otro título de crédito. (Garriguez, s.f, citado por Arias et al. 1997, p.84)

El uso de este mecanismo de garantía obtuvo un auge debido a las facilidades que se tenía con su uso como lo era la exención de timbres fiscales y la fuerza ejecutiva que le otorga nuestro ordenamiento jurídico, además del carácter de título valor. Al respecto:

Como es notorio, se ha convertido en costumbre mercantil, que, al momento de realizarse el contrato referente a la tarjeta de crédito, el tarjetahabiente debe firmar una o varias letras de cambio, cuyos montos los determina la parte que abre el crédito. En caso de darse un incumplimiento o conflicto, la parte fuerte de la relación tiene un instrumento para poder acceder a la vía ejecutiva, tratando de evitar, por ende, cualquier reclamo del tarjetahabiente. Además, por tratarse de un título valor fácilmente puede transmitirse a otro sujeto respecto del cual, todas las reglas de abstracción, literalidad, autonomía, vigentes respecto de ellos, no puede realizarse discusión alguna sobre el negocio subyacente en virtud del cual se creó el título. (Juzgado Sexto Civil de San José, número 40 de las 15 horas con 30 minutos del 7 de marzo de 1994)

Al constituir el contrato de tarjeta de crédito existe la posibilidad de que el ente acreditante solicite la firma de una o varias letras de cambio que le permitan a éste la recaudación de lo pagado a los comercios afiliados, la materialización de este mecanismo se hace a través de la vía sumaria

debemos aclarar que con la entrada en vigor del nuevo Código Procesal Civil es un proceso monitorio dinerario, proceso que estudiaremos más adelante.

En el mismo sentido, el instrumento de garantía de letra de cambio presentó varios inconvenientes, siendo uno de estos la situación de que la letra debía de ser firmada antes de que el tarjetahabiente utilizara la tarjeta de crédito, que se suscribía por el importe total del crédito y no era posible saber el verdadero saldo adeudado, factores que llevaron a establecer que la letra de cambio no era la garantía adecuada para este tipo de contrato.

De acuerdo con la relación subyacente, que analiza porque la letra no ha circulado, la letra no se dio como una promesa incondicional de pago, sino como documento de garantía o respaldo de un contrato de tarjeta de crédito, en cuyo caso su monto no representa lo adeudado, sino el tope del crédito que se tiene al utilizar la tarjeta, de ahí que con su utilización el monto que se adeude es variable. La letra indica el número de tarjeta del demandado y en esa circunstancia, la letra se ha desnaturalizado y pierde su fuerza ejecutiva. (Tribunal Superior Primero Civil, número 782-M de las 7 horas y 40 minutos del 8 de junio de 1994)

El Pagaré.

“Artículo 799: El pagaré es un documento por el cual la persona que lo suscribe promete incondicionalmente pagar a otra una cierta cantidad de dinero dentro de un plazo determinado” (Código de Comercio, Artículo 799).

El pagaré es otro tipo de instrumento de garantía accesoria dentro del contrato de tarjeta de crédito, el ente acreditante ante un posible incumplimiento del usuario hace firmar a éste un pagaré en vez de una letra de cambio debido a los inconvenientes anteriormente citados. Sin embargo, en nuestro ordenamiento el pagaré no ha tenido buena aceptación debido a que no contiene una orden incondicional de pago y como consecuencia pierde su fuerza ejecutiva. Al respecto nuestros Tribunales han manifestado:

Si el pagaré se otorgó para garantizar el saldo que pudiese resultar de la apertura de crédito, consecuencia de la emisión de una tarjeta de crédito, quiere decir que al extenderse el documento, el suscriptor desconocía la suma que prometía pagar, la cual quedaría sujeta a las que se fueran acumulando a favor de la sociedad, de ahí que ese pagaré no opera como promesa incondicional de pago, pues queda condicionado a partidas a establecer en el futuro, en consecuencia el documento no da lugar a la vía de cobro privilegiada, aunque si permite discusión plenaria donde se puede establecer el “status” económico de las partes, por lo tanto se acogen las excepciones de falta de ejecutividad y falta de derecho. (Tribunal Superior Primero Civil de la Corte Suprema de Justicia número 1490 de las 9 horas y 35 minutos del 8 de setiembre de 1982)

Como hemos analizado los dos mecanismos anteriores, se desvirtúan como títulos ejecutivos al consignarse una suma que abarca todo el crédito y no el saldo adeudado, además de hacer firmar al usuario el documento sin existir uso de la tarjeta de crédito, es por esto por lo que nuestros Tribunales de Justicia han reiterado su criterio en exponer que no son los instrumentos de garantía adecuados para dicho sistema de tarjeta de crédito.

El Aval.

El aval es otro tipo de garantía que podemos encontrar en el contrato de tarjeta de crédito, este pertenece a las garantías personales por lo cual procederé a conceptualizarlo y mencionar sus características.

Podemos definirlo según Villalobos (1984) como “un acto jurídico, unilateral, abstracto e incompleto, de naturaleza jurídica cambiaria, y la persona que lo otorga se obliga en forma autónoma y persona, respecto del pago de la obligación cartular” (pp. 2-3).

Por otro lado, Garríguez lo define así:

La garantía cambiaria para el pago de la letra dada a favor de un obligado directo (o captante) o en vía de regreso (endosantes, librador). (...) El aval (...) expresa siempre una

relación de garantía externa porque su finalidad es precisamente garantizar el pago de la letra. (Garríguez, s.f, citado por Arias et al., 1997, p.92)

Algunas de las características que considero importantes destacar es su carácter abstracto, ya que esta característica hace referencia a la independencia y desvinculación que tiene esta garantía de la causa, es decir no hay vinculación entre la obligación cambiaria y las obligaciones que surgen del título, en el mismo sentido, el aval es una garantía de pago en las obligaciones que nacen del título al ser una garantía objetiva.

La segunda característica importante es que debe ser formal, es decir debe constar por escrito con las formalidades que la ley le atribuye para su validez, según el artículo 756 del Código de Comercio debe indicarse “Por Aval” seguido de la firma del avalista.

Otra de las características es su independencia, esto quiere decir que es válido, aunque exista algún vicio en el título, excepto de forma, es decir que es una obligación ajena en la creación del título.

Antes de entrar en fondo a la fianza, instrumento de garantía que nos interesa para este estudio, debemos mencionar que es común que se confunda el aval con la fianza, sin embargo como puntos distintivos podemos mencionar: El aval es una obligación objetiva, garantiza el pago en una letra de cambio y además es independiente de la obligación cambiaria, por el contrario la Fianza es subjetiva, garantiza la obligación de un sujeto específico y es accesoria, es decir se constituye en un contrato separado y si la obligación principal se extingue la fianza igual, en sentido contrario el Aval sigue garantizando aún y desaparezca la obligación principal, como consecuencia de ser abstracta.

La Fianza.

La fianza es otro de los instrumentos de garantía utilizados dentro del contrato de tarjeta de crédito, es un contrato en el cual el fiador garantiza una deuda ajena comprometiéndose a satisfacerla en caso de que el deudor no lo hiciere. De las garantías reales se distinguen las

personales como la fianza, en la cual el fiador garantiza con su propio patrimonio el cumplimiento de una obligación ajena, básicamente este instrumento de garantía consiste en extender la responsabilidad derivada del contrato a otras personas, de tal manera que el acreedor pueda cobrar su crédito de alguna manera.

La fianza existe en el momento cuando una de las partes se obliga accesoriamente por un tercero y el acreedor de ese tercero acepte dicha garantía accesoría, convirtiendo en finalidad del contrato de fianza el garantizar al acreedor el crédito ajeno, el principal interesado de la fianza es el deudor principal ya que sin la existencia de este no encontraría propósito de existencia un contrato de fianza, no obstante, no se necesita el consentimiento del deudor porque el contrato de fianza se establece entre el acreedor y el fiador. Si bien es cierto, ante el escenario de que el fiador cancele la deuda, el deudor se convertirá en obligado frente éste, pero esto constituiría una consecuencia de cualquier pago por otro.

Cuando hablamos de fianza inmediatamente se piensa en confianza, seguridad y cumplimiento ya que es sabido que dicho fiador será la persona que deberá cumplir con las obligaciones en el caso de que el deudor principal no lo haga y con esto se da una mayor certeza al acreedor de que la obligación se cubra debidamente.

El contrato de Fianza lo podemos definir así, “Es el contrato por el cual una persona, llamado “fiador” o “fideiussor, le promete al acreedor cumplir las obligaciones del deudor, llamado “deudor principal”, si este no mantiene sus compromisos” (Mazeud y Manzeud citado por Arias et al., 1997, p.99).

Otra definición que podemos mencionar es la del autor Miguel Zamora y Valencia (2007):

El contrato de fianza es aquel por virtud del cual una de las partes llamada fiador se obliga ante la otra llamada acreedor, al cumplimiento de una prestación determinada, para el caso de que un tercero, deudor de este último, no cumpla con su obligación. (p.405)

Así mismo encontramos la definición dada por Bernardo Pérez (s.f) en donde incluye un aspecto importante el cual es el consentimiento:

La fianza es un contrato de garantía en virtud del cual una persona llamada fiador, se obliga a pagar al acreedor si el deudor de la obligación garantizada no lo hace. Se celebra entre el acreedor y un tercero, independientemente de que el deudor esté o no de acuerdo. (p.343)

Queda evidenciado de las anteriores definiciones que el objeto de la fianza es el asegurar al acreedor el pago de la obligación contraída por el deudor si existiera un incumplimiento, así mismo la responsabilidad del contrato de fianza se deriva de un incumplimiento en dicha obligación principal.

Historia de la fianza.

La fianza al igual que los demás instrumentos de garantía anteriormente analizados, nació muchos siglos antes que nuestra época, sin embargo, el primer antecedente del que se tiene registro fue una inscripción que se asemejaba mucho al contrato de fianza, dicha inscripción fue descubierta en una tablilla de la biblioteca de Sargón I de Akkad, rey de Sumer y Akkad alrededor de los años 2568 a 2613 a.C

Posteriormente se fue desarrollando desde la edad antigua hasta nuestra actualidad, permitiendo perfeccionarla hasta existir el contrato de fianza que conocemos. Durante la antigüedad en Babilonia el antecedente que existió fue muy remoto en el Código de Hammurabi el cual fue promulgado por él mismo durante los años 1730 a.C, en dicho Código se manifiesta una forma de fianza o contrato de garantía principalmente en aspectos relacionados a reglamentación de esclavos, los cuales eran propiedad del dueño y éste podía entregarlos como garantía de una deuda.

Posteriormente en los años 1280 a.C en Egipto se encuentran algunas manifestaciones de la fianza, que surgieron como maneras de garantizar determinadas obligaciones, como ejemplo encontramos el citado por el autor Molina (s.f) “Tal es el caso de los tratados internacionales, como

el celebrado para contraer matrimonio entre reyes y princesas de pueblos diferentes, para garantizar la amistad entre ellos”. (p.4)

Otro antecedente de la fianza que encontramos es en la India en los años 1280 al 800 a.C el cual se encuentra en las leyes de Manú que estaban conformados por 12 libros que, reglamentado el derecho público y el derecho privado, siendo así la fianza pertenecía al derecho civil en aspectos hereditarios y en la conducta de los reyes y de la casa militar.

Siguiendo con el desarrollo histórico de la fianza encontramos que en Israel no fue sino hasta los años 922 a.C que fue conocida la fianza, evidencia de esto se ve en las palabras del rey Salomón “cualquiera que se convierta en fiador de un extraño tendrá que arrepentirse”. Así mismo, en Atenas años después en 621 a.C los gobernantes iniciaron una reforma a la Constitución y a las Leyes de Atenas, donde Dracon fue elegido legislador y él mismo promulgo un Código que fue tomado como sinónimo de dureza, en donde el dinero se alquilaba con garantía de la persona y los deudores morosos iban a quedar sometidos a la esclavitud. Estas reformas iban encaminadas a proteger a los poderosos y sus derechos.

En Roma la fianza existió como derivación de un contrato llamado stipulatio (fianza estipulatoria) el cual era un contrato verbis de garantía y se perfeccionaba con el uso de ciertas formulas verbales, “se consideraba un contrato accesorio de garantía que requería de una obligación válida principal para existir” (Molina, s.f, p.6).

La fianza estipulatoria se definía como un contrato mediante el cual una persona (fiador) se obliga a cumplir en el caso de que otra persona (fiado), sujeto pasivo de una obligación garantizada por la fianza, no cumpla este concepto de fianza era muy avanzado para esa época, pues es muy similar al encontrado en el Código Civil actual. (Molina, s.f, p.6)

Ya un poco más a la actualidad en España en 1348 d.C se encontró un código llamado las Siete Partidas promulgado por Alfonso XI, dicho cuerpo normativo fue el más completo encontrado durante la Edad Media, en el capítulo XII se encontraba la fianza que se definía como la obligación que tiene una persona para pagar o cumplir si su fiador no lo hace.

Como última época histórica mencionaré a la Nueva España, ya que los Españoles dieron forma legal a lo que los Indios practicaban, así es como aparece la fianza en el derecho procesal indiano (leyes de indias), se reflejaba en el caso de que una persona que hubiese cometido un delito y cuando el fallo del tribunal fuere condenatorio, aquella persona podía apelar ante el Consejo de Indias, una vez resuelto si dicha sentencia seguía siendo condenatoria, la persona podía solicitar y gozar de su libertad condicional siempre que depositara una cantidad a juicio del Consejo, esto hoy en día es lo que se conoce como fianza judicial.

Tipos de fianza.

Así mismo, según la constitución de la fianza, ésta puede ser legal, judicial o convencional, las cuales procedo a definir.

La fianza legal.

La fianza legal es la que nace por medio de los casos determinados expresos en la ley con el fin de hacer cumplir determinadas obligaciones.

La fianza legal se establece por la ley para asegurar el cumplimiento de determinadas obligaciones. No puede constituirse sin una disposición legal expresa, y en ella se acentúa el carácter en cuanto a su interpretación. Las leyes que ordenan la fianza legal pueden ser civiles propiamente dichas, procesales y administrativas. (Puig, 1973, citado por Arias et al. 1997, p.101)

Este tipo de fianza nace cuando se otorga por la ley de la materia, es un simple requisito previsto por la ley, que debe llevar una persona en determinada situación, siendo que se convierte en un deber jurídico.

La fianza judicial.

La fianza judicial es la que fue ordenada por un juez según su criterio, se puede confundir con la legal puesto que el juez la fija basándose en la ley, sin embargo, la fianza legal y judicial según Arias et al. (1997) “nacen en un momento anterior al contrato de fianza, y nace como una obligación de garantía personal en la cual el fiador debe demostrar su solvencia”. (p.101).

Esta fianza nace cuando se otorga como consecuencia de una providencia precautoria, es decir se otorga ante una disposición legal, “toda vez que cualquier obligación derivada de un procedimiento judicial que se desee garantizar con fianza emana de una disposición legal, como la fianza judicial de tipo penal, que sirve para garantizar la libertad de las personas”

La fianza convencional.

Por otro lado, tenemos la fianza convencional que es nacida por voluntad expresa del fiador y se manifiesta por medio del contrato de fianza, al respecto:

La fianza convencional es la que se origina en la libre voluntad de las partes. Por lo general este tipo de fianza se constituye a instancia del deudor, pero también puede quedar constituida por voluntad del fiador, sin que intervenga el deudor. (Muñoz, 1960, citado por Arias et al. 1997, p.100)

Este tipo de fianza es “aquella cuya obligación de otorgamiento deriva única y exclusivamente de la voluntad de las partes en el contrato principal, o la que voluntariamente contraten acreedor y fiador, aunque no se haya pactado su otorgamiento en el contrato principal” (Molina, s.f, p.31).

Elementos de la fianza.

Para la constitución del contrato de fianza deben darse la presencia de ciertos elementos esenciales para su validez, algunos tratadistas como Brenes Córdoba cita que son tres: los esenciales, naturales y accidentales, para Sánchez Medal son solamente dos tipos de elementos: de existencia y los de validez, sin embargo, los vamos a dividir según la doctrina española en: elementos personales, formales y reales, los cuales procedo a explicar.

Los elementos personales se relacionan con las partes o personas que participan los cuales son 2, el acreedor y el fiador, el deudor no es parte del contrato de fianza, el acreedor necesita solamente tener capacidad para contratar ya que es el sujeto activo de la relación jurídica y titular de los derechos que nacen del contrato principal y del accesorio.

El acreedor es la persona que se encuentra en el derecho de pedir que se cumpla una obligación, es decir cobrar el pago de una deuda, el acreedor en el contrato de fianza necesita solamente tener capacidad para contratar, este viene siendo el titular de los derechos del contrato principal y como consecuencia también del accesorio.

El fiador es la persona que se obliga en dicho contrato a cumplir por una obligación de un tercero en caso de que éste no cumpla con su obligación, para ser fiador a parte de poder probar su solvencia debe tener capacidad para contratar.

Los elementos formales hacen referencia a la formación del contrato, este contrato es consensual por lo cual solamente se necesita la existencia del consentimiento válido de partes, ya que no se presume y debe ser expresa, característica que abordaremos más adelante.

Por último, dentro de los elementos reales encontramos la obligación garantizada, la obligación principal y la obligación que asume el fiador.

El objeto de la fianza es la obligación principal, cuyo único requisito es que sea lícita, el compromiso del fiador siempre va a ser el cumplimiento de la misma cantidad de dinero que la deuda principal, al respecto esta el artículo 1303 del Código Civil:

El fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones. Si se hubiese obligado a más, se reducirá su obligación a los límites de la del deudor.

Normativa.

La fianza puede ser civil, la cual se encuentra regulada por el Código Civil de los artículos 1301 al 1333, así mismo, también puede ser mercantil cuando asegure el cumplimiento de un acto o contrato de comercio, ésta se encuentra regulada en los artículos del 509 al 520 del Código de Comercio, este tipo de fianza mercantil es la que nos interesa para el presente estudio.

Naturaleza de la fianza.

La fianza implica la celebración de un contrato accesorio en virtud del cual la persona (fiador) que lo hace se compromete a responder por el cumplimiento de obligaciones ajenas. Es aquel contrato que sirve de respaldo o garantía sobre una obligación adquirida con anterioridad, por el cual una tercera persona distinta del acreedor y del deudor, se obliga al cumplimiento de una obligación principal solidariamente, cuando el deudor no lo cumpla.

La naturaleza de la fianza es ser un contrato unilateral, ya que la obligación del fiador consiste en pagar la deuda en caso de que no lo haga el deudor principal, así las cosas, su esencia se encuentra en la función de garantía de la obligación contraída por otro, frente al acreedor de éste siendo que así se ve reforzada la seguridad del cumplimiento de la obligación y protección de su crédito.

Al decirse que es unilateral se entienda que solo una de las partes se obliga que es el fiador frente al acreedor en caso de que no se cumpla con la obligación principal, el autor Solís (s.f) hace énfasis en el carácter unilateral y vale la pena resaltar:

Pudiera de forma excepcional presentarse la bilateralidad en el contrato de fianza, en el caso de que el acreedor pagara cierta suma al fiador para que sea el garante, es decir, cual el acreedor se obliga a remunerar esta gestión del fiador. Ahora bien, si el que paga por la fianza es el deudor no existe bilateralidad, ya que el deudor no es parte en el contrato de fianza, pues ésta solo se establece entre el acreedor y el fiador. (p.384)

Es importante mencionar que la fianza mercantil es siempre solidaria, salvo pacto en contrario, esto según el artículo 509 del Código de Comercio, es decir que el efecto que produce dicha fianza es la responsabilidad solidaria del deudor y del fiador a favor del acreedor, siendo así, el acreedor puede exigir el pago por parte del deudor o del fiador, sin necesidad de dirigirse primero contra el deudor principal, en el mismo sentido, el acreedor puede hacer uso de la responsabilidad patrimonial de una o de ambas personas pues encuentra la garantía del crédito otorgado tanto en el patrimonio del deudor como en el del fiador.

Entre las características que podemos destacar sobre la fianza mercantil es que es un contrato no formal, es consensual, es decir que, al existir el acuerdo de voluntades, no es necesario forma alguna:

No se requiere por la ley formalidad alguna para la celebración de la fianza, por lo que es un contrato consensual, pero en todo caso debe ser expresa la fianza, por que es un contrato consensual, pero en todo caso debe ser expresa la fianza y no tácita, esto es, que el fiador debe obligarse expresamente a responder por el deudor principal, aunque el acreedor acepte solo de modo tácito tal compromiso del fiador. (Sánchez 1984, citado por Arias et al. 1997, p.107)

Como todos los contratos regulados en el Código Civil lo único que se necesita es la simple manifestación de voluntad del garante y la aceptación del acreedor para que quede perfeccionado el contrato de fianza, es decir este contrato nace en el momento que el fiador acepta y se compromete con el acreedor a pagar una obligación principal en caso de incumplimiento del deudor.

Sin embargo, en la fianza mercantil debe contraerse necesariamente por escrito, al respecto encontramos en el artículo 510 del Código de Comercio: “La fianza se ha de contraer necesariamente por escrito, cualquiera que sea su monto y no podrá exceder de la obligación principal”. (Código de Comercio).

Es gratuita ya que nace como un favor que una persona hace a otra y no presupone remuneración de ninguna especie, sin embargo, existen casos donde puede ser onerosa, es decir que el deudor paga al fiador por obligarse en su nombre en caso de incumplimiento.

La fianza es accesoria ya que depende y está subordinada a una obligación principal, que es la que se garantiza, es decir que la fianza no puede existir sin una obligación principal válida, cuando dicha obligación es incumplida el fiador debe responder por ella ante el acreedor.

Si la obligación principal es nula, como consecuencia la accesoria también ya que sigue el mismo destino, de igual manera si la principal se extingue también se extingue la accesoria. Otra característica importante de la fianza es la solidaridad, aspecto importante de estudio para los objetivos de esta investigación, nuestros Tribunales de Justicia han expresado su criterio:

La firma del fiador conlleva su voluntad libre de responder juntamente con el petente de la tarjeta, manifestación que no puede ser ignorada en el caso de que el titular de la tarjeta entre en mora al no cancelar el saldo pendiente. Si bien lo dispuesto en el artículo 611 del Código Mercantil no es del todo claro al respecto la laguna legislativa se integra con los principios generales del derecho, en este asunto del derecho civil de obligaciones. No se trata de justificar certificaciones sin respaldo alguno que puedan generar cobros contra personas ajenas a los saldos no pagados, sino de mantener la responsabilidad solidaria entre el dueño de la tarjeta (deudor) y la persona que se compromete en el mismo contrato a cumplir en las mismas condiciones cualquier monto no cancelado. (Voto N 1063-L de las 8 horas y 55 minutos del 19 de julio del año 2000)

Siguiendo la línea de estudio sobre la responsabilidad solidaria del fiador, encontramos otra situación que ha sido subsanada jurisprudencialmente o por parte del Colegio de Contadores, ya que, en la creación de la certificación como título ejecutivo no se indicaron los aspectos de forma ni de fondo que debía contener, por lo que ante este escenario surge la duda en saber si es posible que el CPA certifique la calidad de fiador dentro de la certificación para hacer ejecutable dicha certificación en contra del fiador, por lo que ante dicha duda surge el voto número 755 de las ocho horas y cinco minutos del cuatro de setiembre del dos mil dos del Tribunal Primero Civil de San José, en dicha sentencia la co-demandada contesta negativamente exponiendo que se le autorizó

una tarjeta adicional y que nunca suscribió el contrato de tarjeta de crédito en calidad de fiadora, sin embargo, en este caso en particular tal hecho controvertido se desvanece con la aportación del contrato certificado en donde se acredita la firma de la co-demandada como fiadora-solidaria, ante este panorama el Tribunal resuelve dándole la razón a la parte actora diciendo que el contador, en consecuencia, certificó correctamente ese aspecto al incluir a la co-demandada como fiadora solidaria y además ninguno de los demandados protestan los demás datos certificados.

Misma sentencia anteriormente citada, es de suma relevancia en relación a la diferencia que puede existir en el monto del límite de crédito incluido en la certificación de CPA, en el caso bajo estudio, vemos que hay una desigual interpretación de la norma 611 del Código de Comercio, ya que el juzgado a-quo desestimó la demanda por la diferencia con el monto del límite de crédito, ya que en la certificación se consigna un tope de \$2800 y en el contrato para el uso de la tarjeta se indica \$1500 por lo que el a-quo considera que el CPA indicó datos falsos en la certificación, siendo esto suficiente para rechazar la demanda.

La parte actora acude al Tribunal Primero Civil en condición de apelante, cuestionando que “en materia de tarjetas de crédito es muy común modificar el límite del crédito en cada contrato. Los tarjetahabientes tienen conocimiento de la modificación por medio de los estados de cuenta”.

Límite del contrato de fianza.

La fianza se define como un contrato accesorio por el cual una persona se compromete con el acreedor, a pagar por el deudor la misma prestación o una equivalente o inferior en igual o distinta especie, si este no lo hace. (Rojina, 1980, citado por Arias et al. 1997, p.99)

La causa de la fianza es la garantía de un débito ajeno, siendo que esta es subsidiaria, si falta el débito ajeno se extingue la causa de la fianza, por ello la fianza no puede exceder de lo que es debido por el deudor, es decir, no puede el fiador obligarse por más que el deudor. La importancia de este instrumento de garantía radica en que el ente acreditante debe tener seguridad de que va a recuperar lo pagado en nombre del usuario y si este no hace frente al pago de sus obligaciones lo pueda recuperar del patrimonio de un tercero que garantizó el posible incumplimiento del deudor principal.

Según el artículo 509 del código de comercio la fianza cualquiera que sea su monto no puede exceder de la obligación principal, aspecto fundamental en la controversia que está bajo análisis en esta investigación.

Con respecto al límite el Tribunal se manifiesta:

La diferencia en el límite del crédito no desnaturaliza el título. La diversidad de montos podría tener importancia en el caso de un reclamo superior al límite, pero para ello el tarjetahabiente debe demostrar con prueba idónea el cobro excesivo, lo que se echa de menos en este asunto... incluso el artículo 611 del Código de Comercio permite reclamar, además del saldo de la tarjeta -entendido dentro del límite-, cualquier suma en concepto de sobregiro, en esas condiciones, no es posible presumir un cobro violando el tope porque podría provenir de un sobregiro. La carga de la prueba, en ese sentido corresponde a la parte demandada. La falta de objeción equivale a reconocer los montos certificados según los estados de cuenta que tiene a disposición... Es razonable la posición de la actora recurrente acerca de la costumbre relacionada con las modificaciones en el contrato. Se trata de un convenio moderno con características muy especiales, pues la tarjeta es considerada como el “dinero plástico” que moviliza en gran medida las economías mundiales. La globalización y la necesidad de eliminar los formalismos, justifica evitar trámites burocráticos para variar el monto del límite del crédito. Las relaciones comerciales, sin perder la seguridad y buena fe, tienen un soporte de gran importancia: el tiempo. No hay razón, entonces, para llamar constantemente a los contratantes para realizar modificaciones por escrito, sobre todo por la cantidad de usuarios de tarjetas. Las modificaciones notificadas al tarjetahabiente por medio de los estados mensuales es garantía idónea, lo que permite despejar cualquier inquietud de desventaja para el deudor.

Con respecto al criterio del Tribunal me parece adecuado mencionar como contraposición el Reglamento de Tarjetas de Crédito del MEIC número 35867, en donde encontramos en el artículo 5 los requisitos del Contrato de tarjeta de crédito precisamente el cual dice que todos los derechos y obligaciones del emisor y del tarjetahabiente se deben establecer en un contrato firmado por ambas partes el cual debe contener aspectos de forma y de fondo. En el apartado 2.19 vemos los requisitos de fondo:

Artículo 5. 2.19: Monto máximo garantizado por el garante solidario, según el caso. Además, se deberá indicar el procedimiento de notificación al garante en los casos de variaciones del límite del crédito, renovación del contrato y plazo u otras variables que afecte la garantía.

Así mismo en el artículo 10 sobre Modificaciones de los contratos menciona:

El emisor de tarjetas de crédito está obligado a notificar en el estado de cuenta inmediato posterior al tarjetahabiente, el aviso de modificación del contrato original y los anexos para que éste pueda determinar si mantiene la relación contractual o no. Aviso que debe contener:

-El detalle de la modificación.

-Fecha en que entraría a regir la modificación.

-Fecha máxima para rechazar la modificación.

-La dirección física, apartado postal, número de fax o dirección electrónica donde el tarjetahabiente podrá enviar la comunicación del rechazo a la modificación.

-Demás información relevante para la adecuada comprensión del tarjetahabiente de los cambios a introducir.

En el mismo sentido, el tarjetahabiente tiene dos meses desde la notificación para rechazar la modificación propuesta, así mismo dichos plazos le aplican al fiador para dicha comunicación. Por otro lado, lo más importante con relación al objeto de estudio de esta investigación se encuentra en el párrafo tercero que cita:

Para el caso de las modificaciones al contrato que afecten de forma significativa la situación patrimonial del fiador, tales como: tasa de interés, límite de crédito y plazo de vigencia del contrato, deberán ser notificadas a éste a efectos de que el fiador pueda manifestarse sobre su continuidad en esa condición.

En el mismo sentido el artículo 11 del mismo reglamento, estipula las consecuencias del rechazo de las modificaciones a los contratos, mencionando en caso de omitirse contestar dentro del plazo de los 2 meses, se tendrá como aceptadas las modificaciones, pero si en su defecto el tarjetahabiente decide no aceptarlas y no continuar la relación contractual, el emisor solo podrá cobrar el pasivo pendiente con la tasa de interés y condiciones previas a la modificación propuesta contenidas en el contrato original.

Con respecto al fiador, en el segundo párrafo se hace mención de los efectos: “la no aceptación por parte del fiador a las modificaciones del contrato dentro del plazo estipulado liberará a éste de sus obligaciones respecto de esta modificación”.

El reglamento 35867 se complementa con la ley de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor número 7472, ya que en sus artículos 32 y 34, se evidencian los derechos de los consumidores y las obligaciones de los comerciantes, en donde uno de los derechos citados en dicho artículo el inciso e) hace referencia a la protección administrativa y judicial que tienen los consumidores a su disposición ante la publicidad engañosa, prácticas y cláusulas abusivas, así como métodos comerciales desleales o que restrinjan la libre elección.

Así mismo, en el artículo 34 inciso a) una de las obligaciones de los comerciantes es respetar las condiciones de la contratación, inciso b) informar suficiente al consumidor, en español y de manera clara y veraz acerca de los elementos que incidan en forma directa sobre su decisión de consumo.

El incumplimiento de alguno de estos deberes o derechos, entre otros que se encuentran taxativamente en la ley, faculta al interesado a acudir a la Comisión Nacional del Consumidor la cual fue creada por la misma ley 7472.

Criterio del Ministerio de Economía, Industria y Comercio.

En el presente apartado veremos como el MEIC ha solucionado controversias relacionadas a fiadores, sin embargo, no existen antecedentes específicos sobre cobro de sobregiros por medio de certificaciones de CPA a fiadores, así las cosas, procederé a mencionar algunos ejemplos de resoluciones con temas vinculantes para la presente investigación.

La primera resolución importante es el Voto Número 239-10 en donde la parte actora fungiendo como fiadora de una compra a crédito ante la parte demandada Casa Blanca, en su alegato de denuncia menciona que si es cierto que asumió la obligación como fiadora, no obstante, los estados de cuenta otorgados al consumidor y al fiador presentaban errores, por el otro lado la parte denunciada alega que existió un error involuntario en cuanto al saldo real de la operación desglosado en los recibos de pagos, en esta cuestión el MEIC se manifiesta aclarando que esta acción constituyó un claro incumplimiento del deber del comerciante de brindar una información oportuna, real y veraz al consumidor, como consecuencia indubitable esta circunstancia indujo a error al consumidor y al fiador produciendo incerteza sobre el estado actual de la deuda. En el mismo orden de ideas, nunca se le entregó el documento original en donde constaban las condiciones originales del crédito hasta que la consumidora entabló denuncia en el MEIC, por lo que toda la controversia se basa en el derecho de la denunciante y del deudor a una respuesta rápida, formal y clara que le otorgaba a la fiadora la posibilidad de decidir si optaba por cancelar la deuda anticipadamente ya que se comprobó que existía morosidad en la cuenta a crédito, o por el otro lado, al menos tener certeza plena sobre el atraso que traía el deudor original. Por tanto, el MEIC condenó a Casa Blanca en base al artículo 34 inciso b de la ley 7472 faltando al deber de información.

Otra resolución del MEIC que cabe recalcar es el Voto número 330-10 ya que es un criterio que se asemeja más a la problemática de esta investigación, encontramos a la parte actora quien es fiador de un difunto entablado denuncia contra el Banco Popular; la controversia se basa en un incumplimiento contractual y falta de información debido a una póliza de vida que el Banco para ese tiempo en que ocurrieron los hechos, no era un ente autorizado por el INS para emitir seguros, ya que como monopolio estatal que era, el Banco debía suscribir los seguros por intermedio de DINÁMICA, su comercializadora autorizada y desde luego era por esa razón que el INS vendía seguros, no el Banco, por lo que es esa empresa la que debía informar a los clientes, de las condiciones de la póliza, su inclusión o exclusión (...) tal como lo tuvo por demostrado el Órgano, existiendo, por lo tanto una responsabilidad solidaria de Dinámica de Seguros y el INS para con el cliente tomador de la póliza de vida... se tuvo por acreditado que la denunciada Dinámica de Seguros S.A, era la encargada de hacer las inclusiones en las pólizas, no obstante dichas inclusiones se daban posterior a la firma del documento donde se establecía la póliza, el cual era el contrato de

préstamo que era manejado por el Banco Popular. Como consecuencia de esta controversia el MEIC cita su criterio que es de importancia para esta investigación el cual cito textualmente:

Se debe insistir en que el derecho-deber de información debe ser previo a la decisión de consumo, con el fin de que el consumidor sea conocedor de las condiciones de la contratación. En el caso de estudio, existía un contrato principal el cual era el contrato de tarjeta de préstamo, al cual se le adicionó un contrato accesorio, una póliza de vida, la cual también funcionaba como garantía de la obligación principal. Del contrato de tarjeta de crédito se evidencia que la única información que consta relativa a la póliza de vida es la cláusula décimo tercera, la cual no especifica los casos de exclusión, sino solamente los beneficios de la póliza. Así mismo, consta que este fue el documento que tuvo a la vista el denunciante a la hora de dar su consentimiento como fiador en la tarjeta de crédito de su hermano el hoy difunto, por lo que dicha información era incompleta, lo cual evidenció una falta de información de la entidad bancaria. Por lo que al Órgano no le queda duda del incumplimiento por parte de la entidad bancaria.

En la resolución anterior podemos ver similitudes con respecto a la falta de información que sufre el fiador cuando existe un aumento en el límite de crédito de una línea de crédito, ya que si bien tuvo el contrato de tarjeta de crédito a la vista antes de obligarse, el fiador consintió una suma determinada en el contrato, y posteriormente con estados de cuenta (los cuales son enviados al tarjetahabiente solamente) se modifica a más dicho límite, dejando al fiador en un estado de indefensión y desinformación. Lo cual constituye una violación a la ley 7472.

Caso similar ocurre con respecto a indefensión del fiador vemos en el Voto número 865-15 en donde el denunciante sirvió de fiador a una persona en unas compras en Almacén Artelec (denunciado) el actor alega que la cuenta que fío se encontró en mora y lo contactaron a él por lo que se apersonó al Almacén y la demandada indicó el monto por el cual el actor había consentido fiar, por lo que el actor canceló la factura para librarse de dicha fianza a lo cual el comercio le otorga una factura manual, sin embargo, el monto cancelado por el fiador era un requisito del almacén para librarlo de la fianza, no fue la cancelación de la deuda, por lo que el fiador al momento de solicitar un recibo de cancelación de cuenta el almacén se encontraba imposibilitado de otorgar

ya que no era el titular de la cuenta, además el comercio demandado alega que los recibos no salen a nombre de fiadores, salen a nombre de los deudores, sin embargo quedó comprobado que el denunciante ya no figuraba como fiador de dicha cuenta, sigue el actor en sus alegatos mencionando que él no aceptó ser fiador de la cuenta, pues la misma corresponde a varios artículos y la fianza por el suscrita fue solamente para la adquisición de un teléfono celular, Sin embargo en el expediente no consta evidencia de que el denunciante intentará cancelar la totalidad de la deuda a nombre de la deudora principal. Por otra parte, el mismo accionante reconoce su participación como fiador de la cuenta. Si bien manifestó que se trataba de una cuenta diferente a la que él suscribió en primera instancia, no aportó evidencia de tal circunstancia.

Es aquí donde vemos el vivo ejemplo de la necesidad de conocimiento por parte del fiador sobre qué obligación está contrayendo ya que la carga de la prueba en este caso le correspondía a éste, entendiéndose como “la conducta impuesta a uno o ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos” Po lo que era obligación del actor aportar prueba idónea para apoyar cada una de sus partidas. Siendo así, el fiador sufre las consecuencias del vacío probatorio.

Proceso de Cobro para Sobregiros de Tarjetas de Crédito en el actual Código Procesal Civil

En Costa Rica la evolución más importante hasta el momento sobre los métodos de intercambio es la tarjeta de crédito, como hemos venido estudiando surgió ante la respuesta a una economía global y más ágil para hacer las transacciones comerciales de las personas, por lo cual, es común que un porcentaje muy alto de la población costarricense al menos posea una tarjeta de crédito lo cual ha hecho que se determine la capacidad adquisitiva mediante la posibilidad de acceso al crédito.

Con las facilidades que representa tener acceso a una tarjeta de crédito para realizar transacciones, aunado al hecho de que las entidades emisoras pasan en constante inyección publicitaria sobre ofertas y facilitación para acceso al crédito, esto ha ocasionado que muchas personas adquieran dichas tarjetas sin tener la capacidad necesaria para hacer frente al pago, por lo cual es que se tiene que garantizar la recuperación de la inversión hecha por parte del ente financiero por medio de la vía judicial como lo es el proceso Monitorio dinerario.

Sin embargo, las condiciones anteriores se tuvieron que limitar con parámetros como requisitos mínimos para el otorgamiento de las tarjetas de crédito, con dichos parámetros se ha logrado disminuir la falta de pago, pero no es un gran cambio ya que igualmente en los casos en donde se deba recuperar lo dado en crédito al usuario se debe hacer por el proceso monitorio dinerario, lo cual ha aumentado significativamente la carga para los Tribunales de Cobro de nuestro país.

Antecedentes y Evolución del Procesos de Cobro Judicial en Costa Rica.

Al inicio los primeros procesos se interpusieron ante la sede civil y la contencioso administrativa, en la sede civil la mayoría de jueces fallaron en favor de las empresas emisoras de tarjetas de crédito, empero, cuando dichos fallos eran recurridos y llegaban a la segunda instancia se fallaba en su contra, por lo que el escenario para recuperar lo adeudado se torna difícil para los entes emisores, es por esto que buscan otros medio para garantizar la recuperación de sus créditos, ya que como hemos señalado el contrato de tarjeta de crédito carece de medios propios para obligar a las partes al cumplimiento de sus obligaciones.

Por otro lado, en la vía contencioso-administrativa los jueces fallaban en favor de las empresas acreditantes, el elemento que se utilizaba para definir si el proceso se debía presentar en la vía civil o la vía contencioso-administrativa era la naturaleza de las empresas emisoras, se acudía a la segunda vía cuando la entidad perteneciera a la Banca Nacionalizada.

El primer banco del que se tiene constancia que acudió a dicha vía contenciosa, fue el Banco Crédito Agrícola de Cartago, según Legarreta (1983), citado por Moreno (2010):

Los tribunales contencioso-administrativos que han conocido estos cobros de la tarjeta VISA del BCAC, han despachado ejecución contra el demandado, y en esta sede no ha existido cuestionamiento por parte de los jueces respecto a si el contrato que establece la entidad crediticia con el tarjetahabiente corresponde o no al contrato de cuenta corriente. (p.67)

Según lo expuesto se evidencia que al principio del proceso de cobro existían dos corrientes de pensamiento sobre el tema, lo que producía tratamientos diferentes dependiendo de la vía a que se acudiera. Por todo lo anterior, es que surgen los instrumentos de garantías accesorias al contrato de tarjeta de crédito, con el fin de poder recuperar lo adeudado ante un posible incumplimiento, lo cual lleva a meditar sobre la necesidad de una regulación específica sobre dicha materia de cobro.

Al existir un incumplimiento por parte del usuario, es decir el deudor principal o tarjetahabiente, esta situación acarrea el cobro judicial, sin embargo, “antes de existir la ley de cobro judicial la garantía que se había pactado junto con el contrato de tarjeta de crédito era lo que determinaba el tipo de proceso al que se acudiría para el cobro” (Morera, 2010, p.68).

Ante un panorama de carencia de instrumentos para obligar al cumplimiento de las obligaciones de las partes dentro del contrato del contrato de tarjeta de crédito surgió la costumbre de hacer firmar a los usuarios un documento accesorio que podía ser una letra de cambio o un pagaré, los cuales fungían como instrumentos de garantía accesorios para poder recurrir a una vía más expedita, en vez de ir a un proceso de conocimiento ordinario, donde con dicho documento

accesorio se facultaba al acreedor para acudir al proceso sumario ejecutivo como se llamaba a su inicio.

El documento firmado como garantía se constituía como título ejecutivo lo cual le permitía al acreedor tener un proceso judicial específico donde podía recuperar lo adeudado sin tener que demostrar la relación jurídica, ya que dicho documento contaba con ejecutividad propia y se bastaba a sí mismo. En un principio los títulos ejecutivos se encontraban en el artículo 438 del Código Procesal Civil el cual pasó a ser derogado por el artículo 2.2 de la Ley de Cobro Judicial, hoy en día con la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Civil dicha ley se deroga y los títulos ejecutivos los podemos encontrar en el artículo 111.2 que menciona “son aquellos que conste la existencia de una obligación dinerario líquida y exigible”, además de eso expresamente menciona que son títulos ejecutivos “toda clase de documentos que, por leyes especiales, tengan fuerza ejecutiva” como lo es la certificación de contador público autorizado.

Con el surgimiento de la nueva vía disponible para acudir al cobro judicial, los Tribunales Civiles de menor cuantía no daban abasto con la cantidad de procesos, lo cual produjo un inadecuado seguimiento de los procesos que convirtió el cobro judicial en un caos dejando atrás la agilidad, fin por la cual se había creado dicho proceso.

Ante este panorama se aumentó la cuantía de los procesos hasta dos millones lo cual redujo la cantidad de procesos en los juzgados de mayor cuantía, sin embargo, no corrió el mismo destino los juzgados de menor cuantía, por lo que posteriormente se idea la creación de un proceso especial para el cobro judicial, el cual es objeto de estudio de esta investigación.

En los procesos sumarios ejecutivos los títulos ejecutivos más utilizados fueron la letra de cambio y el pagaré, sin embargo, con el primer título surgió un cuestionamiento en su idoneidad ya que en reiterados fallos judiciales se mencionaba que la letra se desnaturalizaba porque dicha letra se constituía en tractos sucesivos lo que producía la pérdida de ejecutividad. Posteriormente nuestros Tribunales cambian de criterio ya que entran a considerar que lo normal es que dichos

títulos ejecutivos como lo es la letra de cambio provienen de un negocio causal y que no se le puede restar ejecutividad:

En realidad, al analizar de nuevo el punto del saldo, la suma que se consigna no deja inoperante de pleno derecho el valor de una letra de cambio y otro título valor. Pensar de esa manera sería dejar a los acreedores indocumentados y sin garantía, todo con base a un tecnicismo o formalismo; de cambios únicamente porque garantiza un contrato de tarjeta de crédito. En estos casos lo importante no es la suma de capital indicada, que equivale al tope aprobado para su uso, sino que el saldo adeudado responda al monto realmente utilizado. Desde luego en estos casos, la carga de la prueba corresponde al tarjetahabiente u obligado, quien tiene a disposición los elementos para demostrar cualquier diferencia en el saldo reclamado. (Tribunal Primero Civil, Voto número 96-G de las 8 horas del 8 de febrero del 2002)

Con la evolución del proceso de cobro se da el surgimiento de la certificación de contador público autorizado como título ejecutivo con la intención de presentar un proceso de cobro basado en dicha certificación, la cual presentaba el saldo real de la obligación, pero no es sino con la jurisprudencia que se le da forma y se constituye como uno de los títulos ejecutivos más utilizados.

“De este modo, se suscribía un título ejecutivo, permitiéndole al acreedor tener un proceso judicial específico para el cobro, sin tener que demostrar la relación jurídica inicial” (Morera, 2019, p.69).

Surgimiento de la Certificación de Contador Público Autorizado como Título Ejecutivo.

Como analizamos al principio de la investigación la evolución de los métodos de cambio en el desarrollo comercial produjo como consecuencia que la capacidad adquisitiva de las personas se determinara por su posibilidad de acceso al crédito y su historial como deudor, la tarjeta de

crédito como medio de intercambio desarrollada a lo largo de este estudio, es sabido que surgió para responder al desarrollo de una economía global.

Como consecuencia de esta evolución comercial muchas personas adquirieron este método de intercambio para realizar sus operaciones económicas sin poseer la capacidad de pago que se amerita, lo cual produjo un auge en los procesos de cobro judicial, ya que, como hemos detallado en la sección anterior, los entes crediticios tienen el derecho de asegurar la recuperación de sus inversiones.

En Costa Rica el fenómeno de la tarjeta de crédito se dio en un abrir y cerrar de ojos, lo cual no permitió que el ordenamiento jurídico se desarrollara al mismo ritmo, por lo que se dio una gran inseguridad jurídica ya que no se encontraba una forma adecuada para poder cobrar las deudas provenientes de una tarjeta de crédito en el sistema judicial, ya que los instrumentos de garantía como la letra de cambio y el pagaré no eran aptos para ser utilizados como garantía dentro del contrato de tarjeta de crédito, dicha situación colocó a los Tribunales de Justicia en una situación incómoda en cuanto a la forma adecuada de resolver este tipo de controversias.

En Costa Rica esta falta de normatividad y la diferencia de criterio que evidencian los fallos de los Tribunales ha provocado que exista gran incertidumbre entre las empresas acreditantes... desde el punto de vista de los jueces, existe diversidad de criterio pues deben interpretar las pocas normas que se refieren a figuras parecidas y tratar de adaptarlas a la tarjeta de crédito. (Soler, 1983, citado por Moreno, 2010, p.7)

Como consecuencia de la afirmación anterior, cuando se presentaban procesos de cobro judicial, ahora llamados monitorios dinerarios, se aplicaban los artículos 602 del Código de Comercio relativo a la cuenta corriente, porque se consideraba que debía aplicarse una analogía con respecto a la figura que más se asemejaba a este nuevo instituto de la tarjeta de crédito.

Como primer punto se empezaron a utilizar los procesos sumarios ejecutivos por la similitud de la cuenta corriente con la tarjeta de crédito, puesto que los primeros conceden créditos y producen saldos, por lo que con tal similitud se otorgó carácter de título ejecutivo a la

certificación de contador público autorizado fundamentado en el artículo 611 del Código de Comercio:

ARTÍCULO 611.- La terminación de la cuenta fijará invariablemente el estado de las relaciones jurídicas de las partes, producirá de pleno derecho la compensación de todas las partidas hasta la cantidad concurrente y hará exigible por vía ejecutiva el saldo deudor que conste en certificación debidamente expedida por un contador público autorizado y pagadas las especies fiscales que correspondan al monto del saldo adeudado.

Sin embargo, al estudiarse los saldos provenientes del contrato de tarjeta de crédito se llegó a la determinación de que eran provenientes de otro tipo de contrato y que era imposible hacer su equiparación. Al respecto el Tribunal Primero Civil en la sentencia Número 177 de las 8 horas y 15 minutos del 23 de setiembre de 1981 pronunció:

Que en virtud de las precedentes consideraciones y porque de no aplicar al contrato de tarjetas de crédito las normas referentes al contrato de cuenta corriente a lo único que se llegaría es a una aplicación formalista de la ley, de un lado, y del otro, a obligar a las partes a sufrir las consecuencias de un juicio ordinario, se impone acoger la demanda y resolver este ejecutivo, en la misma forma que viene resuelta por el juzgado. (Soler, 1983, citado por Moreno, 2010, p.9)

Como abarcamos en la sección sobre los instrumentos de garantía del contrato de tarjeta de crédito, quedó expuesto que dicho contrato carece de medios para obligar a los intervinientes a cumplir sus obligaciones, como consecuencia se tendió a dar dificultad para su cobro por lo que el Juzgador trató de adecuar el contrato de tarjeta de crédito para poderse llevar en la vía ejecutiva (actualmente es la vía sumaria).

Una vez adaptado este contrato para poder recurrir a la vía ejecutiva, era necesario se firmará un instrumento de garantía accesoria con el contrato de tarjeta de crédito, como una letra de cambio o pagaré la cual iba a constituir el documento base de dicho proceso ejecutivo en caso de incumplimiento del tarjetahabiente. Sin embargo, reitero el criterio del Tribunal Primero Civil

sobre dichas garantías accesorias, en donde se confirma la desnaturalización del título porque el monto incluido consistía en el límite de crédito y no necesariamente el saldo real, lo cual impide su uso para el cobro en un proceso ejecutivo simple.

El Tribunal analizando el documento base de este proceso, encuentra que el librado indicó en su dorso que pagaría esas letras en dos pagos uno dentro del plazo de quince días hábiles por un cincuenta por ciento, y al vencimiento pagaría el saldo e intereses. En esas condiciones, el documento se hizo en tratos sucesivos, de conformidad con el artículo 758 del Código de Comercio, la letra solo puede librarse, con un vencimiento a la vista, a plazo cierto desde su fecha, y a fecha fija. Tal disposición es taxativa, pues se sanciona con la nulidad las letras que indiquen otros vencimientos. Como el documento al cobro se constituyó en violación de la citada norma, el mismo se desnaturalizó como letra de cambio y por lo tanto no puede fundarse en ella una demanda ejecutiva. (Voto número 1679-F de las 7 horas y 50 minutos del 6 de noviembre de 1992)

En vista de la problemática anterior descrita es que se agrega una sección más al artículo 611 del Código de Comercio, forjando así un nuevo título ejecutivo para utilizarse al cobro de saldos de líneas de crédito para el uso tarjetas de crédito en la vía ejecutiva. Dicha adición se dio por medio de la Ley Orgánica del Banco Central Número 7558 del 3 de noviembre de 1995. Todo esto como respuesta a la necesidad de las entidades crediticias emisoras de tarjetas de crédito para recuperar sus inversiones en la vía judicial.

Artículo 611 segundo párrafo: También tendrán el carácter de título ejecutivo las certificaciones de los saldos de sobregiros en cuentas corrientes bancarias y de líneas de crédito para el uso de tarjetas de crédito, expedidas por un contador público autorizado. (Así adicionado este párrafo por el artículo 166, inciso d), de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica No.7558 del 3 de noviembre de 1995)

Para Parajeles (2004) “Se concluye en que los títulos ejecutivos en ese caso pueden ser dos: la certificación del saldo de sobregiro en una cuenta corriente bancaria, o bien el saldo de un crédito para el uso de una tarjeta de crédito” (p.11).

Para afirmar que se está frente a un título ejecutivo debe existir una norma legal que le de ese carácter expresamente, es decir que solo por medio de ley se pueden crear estos títulos, igualmente para constar de este carácter el documento debe bastarse por sí mismo y no depender de documentos adicionales, lo anterior más los requisitos que expresamente disponga el ordenamiento jurídico.

Los títulos ejecutivos son aquellos que como bien lo dice su nombre por sí solos bastan para obtener en el proceso respectivo la ejecución de una obligación. Su carácter esencial radica en ser un documento ejecutable y que representa deudas líquidas o liquidables, ciertas y exigibles. Su naturaleza jurídica viene dada por la misma ley, el legislador es quien les da esas características a determinados documentos con el fin de que sean ejecutables en un vía jurisdiccional más expedita y sumaria, de manera que el deudor no tenga oportunidad de maniobrar su patrimonio en perjuicio del acreedor, disponiendo de sus bienes burlando la deuda. (Sala Constitucional Número 3056-03 de las 14:58 horas del 23 de abril del 2003, acción de inconstitucionalidad)

El Contador Público Autorizado.

Dentro de las funciones a ejercer por estos profesionales se encuentran la auditoría que puede ser la función más natural conocida, sin embargo, con la creación de la certificación como título ejecutivo la demanda hacia los Contadores Públicos se elevó ya que se incluía al CPA en la obtención, clasificación procesamiento y resumen de información financiera en su trabajo de atestiguamiento para los saldos de tarjetas.

Así las cosas, se busca a un CPA para que emita un informe y atestigüe en su capacidad de profesional independiente dotado de fe pública, así mismo, también en condición de testigo de calidad para certificar información contenida en determinados documentos de tipo financiero que posea el cliente quien lo contrata, dichos informes o certificaciones son reflejo de lo que el CPA tuvo a la vista para producir dicha afirmación, Moreno (2010) menciona que las certificaciones son:

Afirmaciones que derivan de aquello a que se refiere el trabajo que realizó o la validez de la información que revisó y de la evidencia que tuvo a la vista, y en el caso de certificar los saldos adeudados por uso de la tarjeta de crédito, deberían ser el contrato que suscribieron las partes y el sistema tecnológico donde se consignen los montos que se le imputan al deudo. (p.35)

El artículo 2 de la ley 1038, Ley del Colegio de Contadores Públicos de Costa Rica de 1947 regula y define la figura del Contador Público:

Artículo 2: Se entiende que una persona se dedica al ejercicio de la Contaduría Pública cuando ofrece sus servicios al público para ejecutar como Contador y mediante remuneración, servicios que implican la auditoría o la verificación de libros, cuentas o registros mercantiles o transacciones financieras; o la preparación o certificación de estados contables o financieros destinados a la publicidad o para fines tributarios o de crédito.

Así mismo el reglamento de Contadores Públicos de Costa Rica del 2017 en su artículo 4 define Contador Público de la siguiente manera:

Artículo 4: Se considera Contador Público Autorizado aquel miembro del Colegio que satisfaga los requisitos y condiciones establecidos por la ley, este Reglamento, la Junta General y la Junta Directiva del Colegio, como necesarios para el ejercicio de la profesión. El miembro que no satisfaga dichos requisitos y condiciones no podrá ejercer la profesión y será denominado simplemente Contador Público.

Es importante mencionar que la persona que funge como CPA debe cumplir una serie de características personales, así mismo como condiciones para el ejercicio de la contaduría pública, ya que debe garantizar un compromiso en su ejercicio, tanto con su cliente como con el interés público ya que es de los pocos profesionales que en Costa Rica se encuentra dotado de fe pública.

Algunos pilares que fungen como principios de su profesión que menciona el Código de Ética profesional del Contador Público Autorizado y de la Contadora Pública Autorizada (2014) Acuerdo N°: 940-2014, podemos mencionar textualmente como los determina dicho Código:

- **Experiencia:** Reconocer la necesidad de que el Contador Público Autorizado esté debidamente capacitado en el campo en que se desenvuelve, ya sea para brindar sus servicios como profesional independiente o como profesional subordinado, con diligencia y competencia.
- **Transparencia:** El Contador Público Autorizado debe caracterizarse por la honradez, la objetividad, la franqueza, la responsabilidad, la confidencialidad y la integridad.
- **Independencia:** En todas sus actuaciones, el Contador Público Autorizado debe ser justo, sin dejarse persuadir o intimidar, tener libre criterio y evitar que la influencia de terceras partes obstaculice su objetividad.
- **Credibilidad:** Velar por que, en todas sus actuaciones, ya sea como profesional independiente o subordinado, prevalezcan siempre los más altos valores morales y las normas legales, profesionales y técnicas actuales y reconocidas generalmente. Un Contador Público Autorizado debe actuar de manera consistente con la buena reputación de la profesión y abstenerse de cualquier comportamiento que pudiera desacreditar a una persona o profesión. Debe cuidar las relaciones con sus colaboradores, colegas, clientes y con el Colegio de Contadores Públicos de Costa Rica, de tal manera que siempre enaltezca la dignidad de la profesión y el espíritu de grupo.
- **Actualización profesional:** El Contador Publico Autorizado está obligado a mantenerse en una continua capacitación, con el propósito de suministrar al público servicios basados en el desarrollo actualizado de la práctica, bajo estándares de legalidad y que sean soluciones para los negocios.

Así mismo en la Ley de Creación del Colegio de Contadores número 1038 se citan las condiciones personales que deben contar el CPA para el ejercicio de la profesión, que según el artículo 3 son:

- a) Ser mayor de edad y estar en pleno goce de los derechos civiles.
- b) Ser de reconocida solvencia moral.
- c) Poseer el título de Licenciado en Ciencias Económicas y Sociales que otorga la Universidad de Costa Rica en la rama de especialización contable de la Escuela de Ciencias Económicas y Sociales, o haber sido incorporado con igual carácter en el Colegio de Contadores Públicos.
- d) Rendir garantía mínima por diez mil colones (¢ 10,000.00) que deberán ser póliza de Fidelidad extendida por el Instituto Nacional de Seguros, a favor de la Procuraduría General de la República. Para poder certificar con fines tributarios, la póliza ha de ser necesariamente de un mínimo de veinticinco mil colones (¢25,000.00) y el Contador hará constar, al firmar la certificación, que su póliza está en pleno vigor, lo cual tendrá la trascendencia de declaración jurada. En cualquiera de los casos, las pólizas deberán permanecer en custodia del Colegio, el que estará obligado a hacer público el nombre del asegurado, si al vencimiento de la póliza ésta no hubiere sido renovada.
- e) Tener cuando menos dos años de práctica como Contador en las condiciones que determine el reglamento respectivo; y
- f) En los casos de ciudadanos extranjeros, además de los anteriores requisitos es indispensable que hayan residido permanentemente en Costa Rica, durante los últimos cinco años anteriores a la presentación de los demás requisitos de este artículo. Además, que, entre el país de su nacionalidad y Costa Rica, haya convenio de reciprocidad vigente para el ejercicio de la Contaduría Pública y que, dentro de los dos años siguientes a su incorporación al Colegio, obtengan la nacionalidad costarricense. La Junta Directiva del Colegio determinará en cada caso el cumplimiento de los requisitos establecidos en este artículo y decidirá sobre la aceptación o el rechazo de la petición.

Siendo así estos requisitos esenciales, en caso de no contar con algún requerimiento, se encuentra prohibida la persona para el ejercicio de dicha profesión, también se encuentra impedido de anunciarse como Contador Público Autorizado, y en caso de hacer caso omiso a dichas

prohibiciones se puede acudir ante la Fiscalía del Colegio para denunciar el ejercicio ilegal de la profesión, esto con fundamento en los artículos 4 y 5 de la ley 1038 de Creación del Colegio de Contadores Públicos.

Artículo 4°: La profesión de Contador Público sólo podrá ser ejercida por los Contadores Públicos autorizados en el pleno goce de sus derechos. Queda prohibido a quienes no lo sean, anunciarse como tales o usar esas denominaciones o las iniciales correspondientes, bajo pena de ser sancionados en cada caso en la forma que determinan los artículos 167 y 168 del Código de Policía.

Artículo 5°: La calidad de Contador Público Autorizado se perderá al faltar cualquiera de los requisitos establecidos en el artículo 3° de esta ley.

La Certificación de Contador Público Autorizado.

La certificación es una afirmación realizada por quien está dotado de facultades para expresar aquello que es verdad, al caso el facultado para realizar ese trabajo es el contador público, la certificación es un documento que funciona para la atestación.

El Colegio de Contadores Públicos de Costa Rica lo define en su artículo 82 sección delimitativa: “Significa que se da fe de lo que se certifica en los términos y con el alcance que en el documento se indica” (Reglamento de Colegio de Contadores Públicos de Costa Rica Decreto Presidencial 13606-E del 2017).

Es decir, que la certificación es el documento escrito por medio del cual el Contador Público Autorizado, en adelante CPA, como depositario de fe pública la ejerce agregándole credibilidad a un asunto que es responsabilidad de un tercero quien lo contrata para estos efectos. Dicho trabajo de atestiguamiento consiste en dar fe de los documentos que el cliente le presente con fin de certifique que los saldos de líneas de crédito por el uso de tarjetas de crédito son fieles a los contratos y demás documentos que el cliente utilice para llevar registro de sus operaciones comerciales.

Como mencioné en el apartado anterior, vemos que la certificación emitida por el CPA para el cobro de saldos de sobregiros en cuenta corriente bancarias y de líneas de crédito para el uso de tarjeta de crédito, surgió a la vida jurídica en calidad de título ejecutivo con el segundo párrafo del numeral 611 del Código de Comercio.

Sin embargo, el objeto de análisis de esta investigación es la confusión proveniente de esa adición hecha en el segundo párrafo del citado numeral, ya que de la redacción no precisamente clara que le otorgó el legislador a la creación de dicho título ejecutivo, se desprende una variedad de interpretaciones con respecto al saldo que puede incluir dicha certificación y contra quien es ejecutable, al respecto cito el criterio de Parajeles (2004):

Se concluye en que los títulos ejecutivos en ese caso pueden ser dos: la certificación del saldo de sobregiro en una cuenta corriente bancaria, o bien el saldo de un crédito para el uso de una tarjeta de crédito. Eso es así porque al mencionarse la palabra “saldos” en la primera parte de dicha norma, y al decirse luego “y de líneas de crédito para el uso de tarjeta de crédito”, esta última frase está referida a los saldos y no a los sobregiros. De lo contrario, la norma hubiera dicho: “y de los saldos de sobregiros en líneas de crédito”. Eso resulta corroborado con la redacción que esa misma ley le ha dado al nuevo artículo del mismo Código que lleva el número 632 Bis, en el cual se da una definición de lo que debe entenderse por sobregiro bancario o crédito corriente, que resulta ser un contrato por medio del cual un banco abre un crédito a un cuentacorrentista, para sobregirarse en su cuenta por un monto mayor a sus haberes. Seguidamente esa norma dispone en qué forma se puede hacer los giros contra la autorización, y en su parte final la posibilidad de cobrar el saldo por medio de las garantías que las partes haya acordado, o por la vía ejecutiva simple. Esta norma con toda claridad se refiere a los saldos de sobregiros, y no a los saldos de líneas de crédito para el uso de tarjeta de crédito. De manera que la relación del artículo 632 bis con el 611 es tan sólo en lo que se refiere a los sobregiros en cuentas corrientes bancarias. En consecuencia, cuando se trata de una línea de crédito para el uso de una tarjeta de crédito, basta, como es claro, que la certificación se refiera únicamente al saldo de la línea de crédito para el uso de tarjeta de crédito. (p.12)

Una vez expuesto el criterio anterior del Jurista Parajeles, encontramos una variedad de interpretaciones provenientes de abogados litigantes al hacer sus alegaciones, incluso de jueces también, por mencionar un ejemplo encontramos el voto número 01162-2007 del Tribunal Primero Civil de San José en donde se reitera el criterio de que los títulos ejecutivos del artículo 611 pueden ser de dos tipos, así mismo el voto mencionado, reitera la fuerza ejecutiva de la certificación de CPA ya que cumple con las formalidades y requisitos exigidos jurisprudencialmente, por otro lado el abogado de la parte demandada en su condición de apelante, menciona que la certificación carece de ejecutividad porque incluye montos por compra o saldos de la tarjeta de crédito, pues únicamente debe cubrir saldo de sobregiro, siendo así que el saldo dentro del límite del crédito se debe cobrar con la letra de cambio y el sobregiro mediante la certificación de contador público autorizado.

El Tribunal resuelve reiterando que el artículo 611 del Código de Comercio incluye tanto el cobro de saldos de tarjeta de crédito como el sobregiro en el uso de esa tarjeta, por lo que en la presente situación los agravios citados por el apelante no son de recibo ya que la certificación es suficiente en sí misma para justificar lo cobrado y no requiere de otro documento similar. Caso similar se ve en la resolución 000508-1997 del mismo Tribunal que conoce recurso de apelación por parte del actor en donde se le denegó la admisibilidad de la demanda por que el a-quo considera que la certificación aportada no goza de ejecutividad ya que el artículo 611 le concede fuerza ejecutiva únicamente al saldo de sobregiro por el uso de tarjeta de crédito, tesis que no comparte el Tribunal ya que no es correcto que el a-quo limite la fuerza ejecutiva al saldo de sobregiros por uso de tarjeta de crédito, ya que en reiterados casos se ha dispuesto que el artículo 611 del Código de Comercio es aplicable tanto a los saldos de la tarjeta de crédito como a los sobregiros.

Requisitos de la certificación según la Jurisprudencia.

Al crearse la certificación del CPA como título ejecutivo los requisitos mínimos que debía contener no fueron establecidos en el Código de Comercio a diferencia de como sí vienen establecidos con otros títulos, por esa razón es que se han tenido que ir estableciendo los requerimientos por medio de dos vías, la primera que veremos será la Jurisprudencia y la segunda por medio del Colegio de Contadores Públicos de Costa Rica. Al respecto el Tribunal Primero Civil de San José menciona su criterio:

Nuestro legislador, al forjar actual artículo 611 comercial, omitió reglamentar prototipos formales que debe cumplir adveración de experto ahí designado. Luce oscuridad que, siguiendo directriz de la Sala Constitucional- Voto N 501-91 de 16 horas del 5 de marzo de 1991- ha contribuido a disipar prudencia juris del Tribunal arrancando de su Voto N 505-R de 8:20 horas del 6 de mayo de 1998. Título que fecundiza proyecto cobratorio de Bicsacard Sociedad Anónima reverencia hipótesis, mínimas e indispensables para poder disfrutar de energía ejecutiva. Encierra deuda líquida y exigible para efectos del numeral 440, párrafo 2, del Código de Rito. Certificación base irradiada ha podido excitar, válidamente, este juicio sumario singular. Desmenuzándose principales básicos pendientes, tipo de interés

moratorio concertado, monto insoluto, también data de último abono efectuado por el tarjetahabiente. (Voto Número 1391-N de las 7:50 horas del 26 de noviembre del 2003)

Es decir, que la laguna jurídica con respecto a los requisitos se fue subsanando por medio de pronunciamientos y de principios a lo largo del tiempo, para que la redacción de la certificación de contador público que se hace unilateralmente en vista de los documentos del cliente que lleva registro de las operaciones sea lo más detallada posible y transparente.

Al principio cuando empezaron a surgir los procesos de cobro con las certificaciones como documento ejecutivo, solo se mencionaba que debía hacerse un desglose detallado de los rubros que contenía el saldo que se estaba cobrando, ya que no era suficiente que se certificara un monto a una fecha determinada, sin mencionar que monto era referente a capital y cual a intereses, así mismo el demandado tenía pleno derecho de defensa por lo cual debía estar en conocimiento de los rubros y períodos que se le reclaman.

Es evidente que todo ente que coloca tarjetas de crédito tiene derecho a cobrar lo adeudado mediante certificación de contador público autorizado, pero no basta con certificar el saldo a una determinada fecha, como sucede en el caso que nos ocupa. La parte demandada (deudor), tiene el derecho constitucional de defenderse por los medios legales de la pretensión material que se le exige, derecho que se vería seriamente afectado al no contar con el desglose específico de los diversos rubros que componen el saldo cobrado. El debido proceso y la lealtad entre los sujetos que intervienen obliga a la parte actora aportar una certificación detallada y precisa de todos y cada una de las sumas que componen el saldo. De tratarse únicamente de un saldo de sobregiro, así debe indicarse junto con otros cargos e intereses; o bien, si son saldos dentro del límite del crédito de igual manera debe desglosarse la suma por concepto de capital, cargos varios e intereses respectivos. Todo ello es importante para una defensa plena del accionado, sobre todo cuando alega la prescripción del capital o intereses. (Tribunal Primero Civil de San José Voto número 505-R de las 8:20 horas del 6 de mayo del 1998)

Hasta el momento este pronunciamiento solo define un punto de los cuales debe contener la certificación, pero en el 2002 en la resolución número 141-F de las 8 horas del 22 de febrero el Tribunal Primero Civil de San José, dictó:

Esta última disposición legal no establece los requisitos que debe contener el documento, cuestión abordada por el Tribunal en el voto 505 de 1998. Es indispensable, para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa, indicar con toda claridad el capital, intereses, período de liquidación, tasa de interés, fecha de último pago (para efectos de mora), fecha de corte, límite de crédito y cualquier otro dato de importancia.

Las anteriores dos resoluciones con el fin de que la certificación fuera lo más veraz posible y que sirvieran de documento base para los procesos de cobro vienen a incorporar los requisitos que debe tener dicha certificación los cuales se incorporan por primera vez en el Reglamento de Tarjetas de Crédito del 26 de mayo del 2000, así mismo se aprecian en el Reglamento Número 35867- MEIC del 2010.

Capital o Principal: Es el principal o el pasivo pendiente y hace referencia al monto de todas las transacciones que son realizadas con la tarjeta de crédito, excluyendo los intereses o cargos adicionales.

Interés Corriente: Es el monto por intereses según la tasa pactada, calculados sobre el principal adeudado, sin incluir el consumo del período.

Interés Moratorio: Es el monto por intereses según la tasa establecida por este concepto en el contrato, que el emisor cobra cuando el tarjetahabiente incurre en algún retraso en los pagos. El cargo se calcula sobre el parte principal adeudado que se encuentra en mora.

Tasa de Interés Corriente: porcentaje establecido por el emisor en el contrato por el uso del crédito, que se utilizará para el cálculo de intereses, sobre el saldo del principal.

Tasa de Interés Moratorio: Porcentaje establecido por el emisor en el contrato que el tarjetahabiente de crédito debe pagar cuando incurre en algún retraso en los pagos del principal de la deuda.

Fecha de último pago: No lo encontramos definido en el Reglamento, sin embargo, podemos definirlo como la fecha en que el tarjetahabiente realizó su último pago de saldo adeudado, es importante se especifique dicha fecha para el correcto cálculo de intereses moratorios y la prescripción.

Fecha de Corte: Es la fecha programada para el cierre contable de las operaciones utilizado para la emisión del estado de cuenta del período correspondiente.

Límite de Crédito: Es el monto máximo, ya sea en moneda nacional o extranjera o ambas, que el emisor se compromete a prestar al tarjetahabiente de crédito mediante las condiciones estipuladas en el contrato.

Requisitos de la Certificación según el Colegio de Contadores Públicos de Costa Rica.

El ente encargado de regular las labores de los contadores públicos en nuestro país es el Colegio de Contadores Públicos el cual tuvo que tomar cartas en el asunto ante el aumento de demanda de las certificaciones emitidas por el CPA, es así como en 11 de julio del 2005 se aprueba una guía mínima para emitir la certificación creada por el segundo párrafo del artículo 611, al respecto:

Que el artículo 611 del Código de Comercio da el carácter de título ejecutivo a las certificaciones de los saldos de sobregiros en cuentas corrientes bancarias y de líneas de crédito para el uso de tarjetas de crédito, expedidas por el CPA. Las certificaciones tienen el valor de documentos públicos, por lo tanto, deben ser valorados como tales. Si la entidad tiene duda del informe rendido por el CPA deberá denunciar ante la Fiscalía del Colegio, quien es la autoridad competente.

Los requisitos que señala la circular 03-2005 como Guía mínima para la emisión de las certificaciones de saldo deudor por el uso de tarjetas de crédito o certificación del sobregiro en cuenta corriente son:

1. La certificación de saldo Deudor debe emitirse en papel membretado del Contador Público Autorizado (CPA), indicación del teléfono, fax, apartado, dirección u otra información que se considere importante.
2. Debe tener el título según el tipo de certificación a emitir: certificación de Saldo Deudor por el uso de Tarjetas de Créditos o Certificación del sobregiro en cuenta corriente o certificación por (otro tipo de deuda).
3. Destinatario: se debe dirigir al tribunal respectivo que indique el contratante. No deberá emitirse con la leyenda “A quien Interese.
4. Debe contener un párrafo introductorio que indique el nombre, cédula, calidades y dirección de la entidad financiera bancaria solicitante de la certificación , describir con propiedad la materia específica que se certifica, hacer referencia al nombre del deudor , número de cédula y número de tarjeta del tarjeta habiente y/o número de la cuenta corriente u otro saldo, así como la entidad a que corresponde y de la que se certifica el saldo deudor, consignado el período específico que corresponde el saldo total deudor de principal, interés y otros cargos.
5. El CPA debe describir el procedimiento realizado para llevar a cabo su trabajo y llegar a la conclusión de la información certificada, como mínimo en ese párrafo deberá señalar la documentación que tuvo a su alcance del saldo deudor de la persona física o jurídica, período y monto de los intereses corrientes y moratorios, documentos que describen los cargos realizados por la entidad al monto de la deuda, contrato firmados, estado de cuenta, fiadores y entre otros, lo cual debe constar de igual forma en sus papeles de trabajo.
6. El CPA cuando certifica una deuda en moneda extranjera debe hacer referencia al tipo de cambio oficial del Banco Central de Costa Rica (de compra y de venta). Así como el tipo de cambio que utiliza la entidad a la fecha del corte de los saldos deudores.
7. Debe obtenerse una carta de representación que respalde la materia certificada, siguiendo los lineamientos señalados en las Normas Internacionales de Auditoría, la cual deberá estar debidamente identificada y firmada por el jerarca autorizado o representante legal de dicha

- entidad y deberá consignar los montos y demás datos que soportan la certificación con el nombre y número de cédula del deudor.
8. Debe contener un párrafo en donde sintetice la materia y hechos de certifica con base en las fuentes de información que ha brindado en los párrafos precedentes y de conformidad con los lineamientos que le compete de las Normas Internacionales de Auditoría, Específicamente, con respecto a normas de trabajo para atestiguar
 9. Debe de señalarse en las certificaciones si existe algún sobregiro, o la disponibilidad respecto al límite de crédito con la tarjeta de crédito, si ha habido arreglos de pago y si ha cumplido adecuada e igualmente consignarse el tipo y características de la garantía.
 10. Indicar en un párrafo de la certificación que manifiesta que está facultado de conformidad con el artículo 4° de la Ley N°1038 para emitir la presente certificación y declarar que no me alcanza las limitaciones del artículo 9° de la ley N° 1038, ni los artículos 20 y 21 del reglamento a dicha ley, ni el capítulo tercero del código de ética profesional, emitido por el Colegio de Contadores Públicos de Costa Rica, explícitamente los artículos 11,12,17 y 18, así como el artículo 26 y 59 g) todos del referido código.
 11. Debe contener un párrafo en que indique los fines específicos de la emisión certificación, así como lugar y fecha completa anotada en letras.
 12. Nombre Completo, número de colegiado y firma del CPA según consta en los registros del Colegio de Contadores Públicos de Costa Rica
 13. Número de Póliza de fidelidad y fecha de vencimiento
 14. La certificación debe tener adherido y cancelado en el original del documento el timbre correspondiente, de conformidad con lo que se indica en el artículo 2 del Reglamento del Timbre del Colegio de Contadores Públicos de Costa Rica.
 15. Sello blanco impreso en el original de la certificación, según se indica en el artículo 12 de reglamento a la Ley 1038, y si fuera necesario, agregar un folio a la certificación deberá contener el sello para su debida identificación, agregándola leyenda en el original que el folio adjunto forma parte de la certificación.
 16. Además de los anteriores requisitos, deberán observarse las disposiciones que sobre el particular señalan los artículos 4,14,17,18,22 del reglamento a la Ley 1038 y artículo 7 del Reglamento de Ética Profesional.

17. Las certificaciones deben ser confeccionadas a máquina o por medio de algún medio computarizado, a reglón seguido.

En caso de que el título elaborado tenga ausencia de alguno de estos requisitos, los Tribunales deben de rechazar de plano la demanda, no es posible hacer una prevención a la parte actora para que aporte nuevo documento, ya que debe seguir el tratamiento que se le ha otorgado a los demás títulos ejecutivos, en donde claramente la normativa dice que con respecto a la letra de cambio o pagaré si no contiene los requisitos mínimos para su validez simplemente se declara sin lugar el proceso, al respecto encontramos el Voto 392-G de las 7:45 horas del 24 de Mayo del 2000:

Es evidente que el A-quo no fue diligente en hacer la prevención antes de cursar la demanda, pero también la actora interesada, debió aportar documento que reuniera los requisitos mínimos para no permitir indefensión al demandado. Incluso con la oposición del demandado, tampoco se aportó documento que llenará los vacíos que indicaba esa parte, incluso en esta instancia tampoco se aportan esos datos, sino que se le pide que se le prevenga aportar nuevo documento, lo que no es aceptable. (Tribunal Primero Civil de San José)

En afirmación del voto anterior se recalca que solo se puede admitir el proceso cuando el título cumpla todos los requisitos citados anteriormente, la certificación realizada por el CPA y en la cual el artículo 611 Comercial dota de título ejecutivo siendo propia para el cobro de saldos de tarjetas de crédito, sin embargo, no puede utilizarse por analogía a saldos de otro tipo, ya que sino se estaría legislando por medio de la jurisprudencia.

Como conclusión vemos que a través de la jurisprudencia y de una circular emitida por el Colegio de Contadores Públicos se ha venido subsanando el vacío jurídico con respecto a las exigencias mínimas de la certificación emitida por el CPA creada por el artículo 611 del supra citado Código, sin embargo, estos medios no pueden utilizarse de manera liberal para la creación de nuevos títulos ejecutivos, ya que esto se encuentra limitado a la reserva de ley.

Estructura del proceso de cobro monitorio dinerario según el Código Procesal Civil Costarricense.

El proceso Monitorio Dinerario como se le llama en el actual Código Procesal Civil el cual entró en vigor en el mes de octubre del año 2018, cuenta con algunas novedades que abordaremos con respecto del antiguo proceso monitorio el cual era documental y formalista, por el contrario, la intención al implementar este nuevo Código es la de agilizar los procesos imponiendo la oralidad prescindiendo de lo escrito.

Dicho proceso consta de etapas las cuales procederé a abordar, vale la pena recalcar que el proceso en cuestión es el medio actual para cobrar deudas basadas en documentos públicos o privados, como requisito esencial para acudir a esta vía debe de ser un documento que contenga una obligación dineraria, líquida y exigible, todo lo anterior en tenor con el artículo 110 del Nuevo Código Procesal Civil, son obligaciones dinerarias aquellas que se refieren a un monto determinado y definido desde la constitución de la obligación, son líquidas aquellas que tienen un saldo cierto conocido con exactitud y son exigibles aquellas obligaciones al momento de su vencimiento, el cual debe estar determinado en el documento.

Así las cosas, para fines de esta investigación, el proceso monitorio dinerario es por medio del cual se materializa la ejecución de la certificación expedida por el CPA para el cobro de sobregiros provenientes de tarjetas de crédito, siendo así, que el documento base del proceso monitorio en cuestión será la certificación emitida por un CPA.

Demanda.

La demanda debe cumplir con ciertos requerimientos todos estos establecidos en el artículo 35 del Código Procesal Civil, el escrito de demanda inicial debe contener el despacho al que va dirigido, el tipo de proceso, el nombre y las calidades de las partes, una narración de los hechos con claridad, el fundamento jurídico de las pretensiones, la prueba que se ofrece detalladamente; en este punto es donde se ofrece la certificación expedida por el CPA el cual va a ser el documento base de dicho proceso.

Además de lo anterior, debe contener las pretensiones claras e individualizadas, la estimación de la demanda es importante que se haga en moneda nacional ya que en caso contrario el juzgado va a prevenir al actor para que subsane el defecto y si no lo hace en tiempo y forma se procede a declarar inadmisibile la demanda, por lo cual es esencial que si el documento base está en moneda extranjera se haga la conversión con el tipo de cambio al momento para prevenir atrasos, en el mismo sentido se debe agregar a la demanda el nombre del abogado director del proceso y suplentes lo cual es un aspecto nuevo, así mismo debe señalarse un medio para atender notificaciones ya que caso contrario a falta de esto se prevendrá a la parte y por último debe constar las firmas de la partes o de su abogado.

Todo esto debe constar de manera escrita en el documento inicial de demanda, de manera que si existe una omisión el juzgador procederá a prevenir a la parte actora por un plazo de 5 días indicando cual fue el requisito ausente bajo pena de inadmisibilidad de la demanda si no corrige el escrito inicial.

El documento base aportado como título ejecutivo debe ser original y según los requisitos expuestos anteriormente que debe cumplir la certificación expedida por el CPA, un requisito esencial es que debe venir definido quien es el deudor.

Resolución Intimatoria.

Una vez que el juzgador haya revisado el escrito inicial y cumpla con los requisitos de forma y el documento sea un título ejecutivo idóneo, procederá a dictar una resolución en donde se ordena el pago de los extremos reclamados en la demanda, en dicho pronunciamiento se otorga a la parte demanda un plazo de 5 días según el artículo 36 y 110.2 del mismo cuerpo normativo en el cual se indicará la forma en que debe hacerlo y las consecuencias en caso de omisión.

Así mismo en esta resolución si se aportó título ejecutivo aparte de ordenarse el pago de capital, intereses y costas, si existe petición de parte se ordenará embargo por el capital reclamado, los intereses y además un 50% adicional para que cubra intereses futuros y costas, embargo el cual se procederá a comunicar inmediatamente mediante anotación digital en el registro respectivo.

Oposición.

Si dentro del plazo de 5 días otorgado por el Juzgado, la parte demanda no se opone, se allane o su oposición es infundada, el juzgado procederá a ejecutar la resolución intimatoria, sin más trámite.

Por otro lado, si el demandado se opone a la demanda se debe hacer mediante la interposición de excepciones y únicamente son admisibles las excepciones de falsedad del documento, falta de exigibilidad de la obligación, pago comprobado por escrito y prescripción, adjuntando la prueba respectiva.

Uno de los beneficios de este proceso es que, si el demandado no se apersona con la prueba idónea, se procede con la ejecución y en caso de haberse solicitado embargo, se procederá con los remates hasta que el acreedor recupera lo adeudado.

La contestación de la demanda es el momento procesal oportuno para oponer las excepciones anteriormente señaladas, ya que posteriormente no son susceptibles de admisibilidad, como mencioné las únicas excepciones que proceden en este tipo de proceso son 3 y las encontramos en el artículo 111.4 del Código Procesal Civil, de las cuales la falsedad de documento consiste en cuestionar la veracidad del documento base, es decir de la certificación emitida por el CPA.

La segunda excepción que se puede interponer es la de falta de exigibilidad de la obligación, es decir que se adjunte prueba válida en donde se pueda acreditar que se encuentra al día con los pagos, es decir que la obligación no es exigible.

Otra de las excepciones es la de pago comprobado por escrito, así como suena esta hace referencia a que se adjunte como prueba de la oposición el comprobante de cancelación de la obligación, es decir como forma usada para la extinción de la obligación, lo cual convierte a la obligación inválida por no contener una deuda líquida ni exigible.

La última excepción que encontramos en el cuerpo normativo ya citado es la de prescripción que respecto a la certificación emitida por el CPA tiene un plazo de prescripción de 4 años en el principal y 1 año en los intereses.

Prueba efectiva.

En cuanto a la prueba efectiva que se puede adjuntar junto con la oposición, en la mayoría de las oposiciones hechas por los demandados se plantean excepciones al azar para ver cual resulta a favor de ellos, siendo así que generalmente las oposiciones van dirigidas al documento propiamente es decir a la certificación de CPA.

Si la base de la oposición es que no se suscribió ningún contrato de tarjeta de crédito, pues esa debe ser la base de defensa y oposición, por lo que dichas excepciones que anteriormente mencione son las que se deben fundamentar dentro del proceso:

La defensa del demandado se centra en que el documento presentado es falso y contiene datos inexactos, sin embargo, ninguna prueba trajo al proceso que acreditara su dicho. No demostró, mediante las pruebas legalmente idóneas y admisibles, que la certificación de contador público que sirve de base a este proceso sea un documento falso o que contenga datos inexactos o irreales. Conforme al artículo 317 del Código Procesal Civil, la carga de la prueba incumbe a quien se oponga a una pretensión, en cuanto a las afirmaciones de hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho del actor. (Juzgado Tercero Civil de Mayor Cuantía, voto número 115-02 de las 8 horas del 27 de junio del 2002)

Según lo anterior tenemos que tener en cuenta que el CPA es una persona, quien puede cometer errores en su función de atestiguamiento, por lo que es procedente intentar desvirtuar el título, pero al ser esta certificación un documento público no le es oponible cualquier tipo de prueba, solamente una de igual naturaleza o superior, en este caso una prueba pericial puede constituir una prueba idónea ante una certificación de CPA.

Al respecto sobre ofrecer prueba idónea para demostrar suficientemente el error en los montos certificados, en la mayoría de casos el demandado no posee la prueba adecuada por lo que intenta trasladar la carga de la prueba a la parte actora, quien se encuentra en posesión de las garantías accesorias suscritas, el contrato de tarjeta de crédito y los medios electrónicos que llevan registro de las transacciones hechas por el usuario, por lo que ante este panorama al demandado le corresponde presentar estados de cuenta, comprobantes de pago y vouchers que tengan relación con los datos incluidos en la certificación.

Esa documentación es importante para cuestionar los datos certificados, pues es indudable que la fe pública del contador no equivale a una verdad absoluta. Al provenir de un ser humano, por naturaleza se puede equivocar al apreciar o consignar los montos. Admitir el agravio de la demandante, en ese sentido, sería dejar indefenso a los deudores de tarjetas de crédito porque se le impide cuestionar lo certificado. Por ese motivo, a criterio de la mayoría del Tribunal, los estados de cuenta y vouchers aportados por el demandado constituyen prueba idónea para tratar de desvirtuar la certificación. (Tribunal Primero Civil de San José, voto número 457-L de las 7:45 horas del 28 de mayo del 2008)

En el mismo sentido en cuanto a la oposición de la demanda vemos un caso similar donde la oposición del demandado tuvo fundamento, por lo que de presentar la prueba idónea es posible desvirtuar lo montos certificados por el CPA, trasladando en ese sentido la carga de la prueba al actor el cual desde un principio debe contar con los documentos necesarios que fundamentaron la expedición de la certificación.

II.- Ejecutivo simple con base en una certificación de contador público autorizado, desde luego para el cobro de saldo de tarjeta de crédito. A folio 2 se certifica que el monto adeudado al 15 de diciembre del año 2000 era de setecientos setenta y seis mil novecientos sesenta y ocho colones con setenta céntimos, más seis mil seiscientos noventa y cuatro colones con ochenta y ocho céntimos de intereses, que cubren del 13 al 18 de diciembre de ese año. El demandado contesta a folio 9, quien opone la excepción de pago parcial y para ello aporta los últimos estados de cuenta acerca de los movimientos y saldos de la tarjeta

de crédito al cobro. Si bien los documentos tienen el membrete de Banco de San José, es de conocimiento público la relación comercial que tiene esa institución bancaria con la actora Credomatic de Costa Rica Sociedad Anónima. De todos modos, es evidente que se trata de la misma operación porque tanto en la certificación del contador como en los estados de cuenta, el número de tarjeta de crédito es la número 5303-1062- 1501-0560. Además, la sociedad demandante no protesta ni cuestiona esa circunstancia en su escrito de contraprueba de folio 17. Tampoco impugna el contenido ni aporta prueba idónea en contrario que desvirtúen los propios saldos que se le remitieron al accionado. Tales documentos, en esas circunstancias, tienen pleno probatorio para efectos liberatorios de pago. Quienes suscribimos este voto de mayoría no pretendemos desconocer la fe pública de un contador público autorizado, pero consideramos que el saldo certificado puede ser perfectamente cuestionado y disminuido con prueba idónea. Este es el caso de autos, donde se aportan estados de cuenta y el último de ellos data del 27 de noviembre del año 2000 (dieciocho días antes de expedirse la certificación al cobro) con un saldo de apenas setenta y tres mil trescientos colones. En los 98 movimientos mensuales anteriores no se observa un fuerte uso de la tarjeta de crédito para sustentar el monto certificado por el contador, ni es posible presumir que en esos dieciocho días se haya elevado el saldo en forma tan drástica. Al oponerse el pago parcial con prueba idónea, la carga de la prueba se le traslada a la actora, quien debió probar que la suma cobrada no estaba debidamente representada en los estados de cuenta, todo lo cual se echa de menos. (Tribunal Primero Civil de San José, voto número 457-L de las 7:45 horas del 28 de mayo del 2008)

En el caso anterior, se cobra una suma más elevada de la que se encuentra consignada en los estados de cuenta enviados al demandado, por lo que, al existir dicha prueba de estados de cuenta aportada por el demandado, la parte actora debía referirse a ella y presentar otra que la desvirtuara, sin embargo, no pasó. Lo cual también tiene repercusión en el CPA ya que hace dudable su labor y pone en cuestionamiento si realmente tuvo presente los documentos necesarios para realizar la certificación.

Audiencia.

Después de tenida por contestada la demanda el juez señalará la hora y fecha para la audiencia la cual se substanciará en una audiencia única que se deberá celebrar a la mayor brevedad posible, es deber de las partes comparecer a la audiencia personalmente o representadas respectivamente por sus apoderados y con las fuentes de prueba ofrecidas y que pretenden oponer.

Dentro de la audiencia única se deben tocar los siguientes puntos según el Código Procesal Civil:

- Se debe hacer un informe a las partes sobre el objeto del proceso.
- Se debe abrir un espacio para conciliación, por lo cual si acude un apoderado debe constar un poder para conciliar.
- En caso de existir pretensiones oscuras o imprecisas el Tribunal puede solicitar la aclaración en dicha audiencia.
- El actor en la audiencia es donde debe referirse a las oposiciones interpuestas por la parte demandada en la contestación, así como también debe ofrecer la contraprueba.
- Se debe realizar la recepción, admisión y práctica de prueba sobre las alegaciones de actividad procesal defectuosa.
- Así mismo después de practicada la prueba de actividad procesal defectuoso procede su resolución.
- Debe estimarse la cuantía del proceso.
- Se fija el objeto del debate.
- Se da la admisión y práctica de la prueba.
- Se da la conclusión oral de las partes
- Como conclusión se dicta la sentencia oralmente.

El deber de asistencia de las partes lo encontramos reflejado en el artículo 50.2 del Código Procesal Civil en donde a tenor de incomparecencia se producirán ciertos efectos:

- Si no se apersona el actor se tendrá por desistida la demanda y como consecuencia se le condenará al pago de las costas, daños y perjuicios causados. Si alguna de las partes presentes alega interés legítimo se puede continuar con el proceso se práctica la prueba y dicta sentencia.
- Si la no comparecencia es imputable al demandado se procede a dictar sentencia inmediatamente sin más trámite, excepto si es necesario evacuar la prueba del actor.
- Si a la audiencia única no comparece ninguna de las partes, se tiene por desistido el proceso sin condenatoria alguna.
- Si la inasistencia es por parte del Juez o por alguna razón no se puede celebrar, de inmediato debe procederse a fijar hora y fecha para su celebración dentro de los siguientes 10 días.

En caso de se que posponga la audiencia solo procederá por razones de caso fortuito o fuerza mayor comprobados, así mismo, se puede suspender una audiencia en casos calificados para la buena marcha del proceso o a petición de parte para instar un acuerdo conciliatorio, en la misma suspensión se debe fijar hora y fecha para la reanudación dentro del plazo máximo de 10 días.

No es motivo o causa de justificación la superposición de audiencias a las que deban asistir las partes o sus abogados, sin embargo, si dicha justificación se hace saber al juzgado dentro de los 3 días siguientes de la notificación del señalamiento se procederá a reprogramar la audiencia.

Dentro de la audiencia el Tribunal es el correspondiente director según los poderes y deberes que le otorga la ley, por lo que procederá a explicar a las partes los fines y actividades de la audiencia, así como de hacer las advertencias legales correspondientes y moderará el debate.

Por último, la audiencia debe quedar documentada ya sea por medio de soportes electrónicos o mediante acta, las partes en caso de ser medio de grabación podrá a costa propia solicitar una copia de los soportes donde quedó grabada la audiencia.

Sentencia.

Después de haberse oído a las partes y evacuado la respectiva prueba si fuese el caso, el Tribunal procederá a confirmar o revocar la resolución intimatoria. A pesar de ser una sentencia oral, debe suscribirse una resolución escrita y ser notificada a las partes para tener un control jurisdiccional.

En caso de que se acoja la oposición de la parte demandada, el actor podrá dentro de los 10 días siguientes a partir de la firmeza de la sentencia solicitar que el proceso sumario se convierta en ordinario de lo cual toda la prueba evacuada mantendrá eficacia.

Recurso de apelación.

En el nuevo código tanto como en la ley de cobro judicial, se dispone que únicamente las resoluciones que expresamente lo dispongan son las que son susceptibles de que se les formule recurso de apelación ante el Tribunal que las dictó.

Se abre la posibilidad de interponerlo de manera oral en audiencia, inmediatamente después del dictado de la resolución, sin embargo, si la sentencia es escrita se tiene un plazo de 5 días para apelar.

Si el recurso es interpuesto por las causales taxativas descritas en el artículo 67.3 se emitirá pronunciamiento sobre su admisión y en el mismo sentido las partes deben comparecer ante el superior a hacer valer sus derechos dentro del quinto día.

Vemos que expresamente el ordenamiento jurídico menciona en cuáles casos es admitido el recurso de apelación todo esto con el fin de agilizar un poco el proceso y disminuir la carga para los tribunales.

Capítulo. III: Marco Metodológico

Con la realización del presente marco metodológico se pretende definir el uso del método, técnicas, instrumentos, estrategias y procedimientos utilizados en el desarrollo del presente estudio, es importante describir los métodos utilizados para el cumplimiento de los objetivos propuestos al inicio de la investigación, al respecto Balestrini (2006) define el marco metodológico “como la instancia referida a los métodos, las diversas reglas, registros, técnicas y protocolos con los cuales una teoría y su método calculan las magnitudes de lo real” (p.125).

Para el autor Arias (2006) el marco metodológico es “Conjunto de pasos técnicas y procedimientos que se emplean para formular y resolver problemas” (p.16).

Así mismo el marco metodológico se refiere al “Como se realizará la investigación, muestra el tipo y diseño de la investigación, población, muestra, técnicas e instrumentos para la recolección de datos, validez y confiabilidad y las técnicas para el análisis de datos” (Finol y Camacho, 2008, p.60). Por lo que a continuación se procederá a exponer los aspectos metodológicos aplicados, es decir los distintos pasos que ayudaron a cumplir con los objetivos expuestos en un principio

Enfoque de la investigación

Es importante mencionar que existen una cantidad diversa de enfoques aplicables a una investigación, sin embargo, la elección de este va a depender de la dirección que se desea dar a la investigación, es de suma importancia la elección correcta ya que de ahí se van a aplicar los métodos adecuados para el desarrollo de esta, en otras palabras, el enfoque es la herramienta del investigador para establecer las condiciones necesarias para la creación del conocimiento.

La metodología que implementaremos en la presente investigación va enfocada en buscar una respuesta a la problemática planteada tomando en consideración los objetivos propuestos para subsanar el vacío jurídico existente en nuestro ordenamiento jurídico con respecto al cobro de sobregiros en tarjeta de créditos hacia fiadores mediante una certificación de contador público, por

lo que veo adecuado desarrollar un enfoque Cualitativo para lograr mediante la recopilación de información proveniente de doctrina, investigaciones anteriores, jurisprudencia y entrevistas analizar cómo se está resolviendo ante nuestros Tribunales de Justicia en el día a día la problemática planteada.

El enfoque Cualitativo se caracteriza porque explora un fenómeno en profundidad y como consecuencia se procede a extraer significados de los datos recopilados por medio de los expertos entrevistados, al respecto Hernández, Fernández, Baptista (2010) indican:

La investigación cualitativa proporciona profundidad a los datos, dispersión, riqueza interpretativa, contextualización del ambiente o entorno, detalles y experiencias únicas. También aporta un punto de vista “fresco, natural y holístico” de los fenómenos, así como flexibilidad. (p.17)

En el mismo sentido:

El enfoque cualitativo también se guía por áreas o temas significativos de investigación. Sin embargo, en lugar de que la claridad sobre las preguntas de investigación e hipótesis precede a la recolección y el análisis de los datos (como en la mayoría de los estudios cuantitativos), los estudios cualitativos pueden desarrollar preguntas e hipótesis antes, durante o después de la recolección y el análisis de los datos. (Hernández et al, 2010, p.7)

El enfoque Cualitativo es el que permitirá la mejor obtención de información, así como su posterior interpretación y llevando a resolver la problemática planteada en este análisis, debido a que el conocimiento de expertos en la materia representa los datos suficientes para una solución, al respecto el autor Hernández et al. (2006) argumentan:

El enfoque cualitativo lo que nos modela es un proceso inductivo contextualizado en un ambiente natural, esto se debe a que en la recolección de datos se establece una estrecha relación entre los participantes de la investigación sustrayendo sus experiencias e ideologías dentro del empleo de un instrumento de medición predeterminado. En este enfoque las variables no se definen con la finalidad de manipularse experimentalmente, y esto nos indica que se analiza una realidad subjetiva además de tener una investigación sin potencias

de réplica y sin fundamentos estadísticos. Este enfoque se caracteriza también por la no completa conceptualización de las preguntas de investigación y por la no reducción a número de las conclusiones sustraídas de los datos, además busca sobre todo la dispersión de la información en contraste con el enfoque cuantitativo que busca delimitarla. Con el enfoque cualitativo se tiene una gran amplitud de ideas e interpretaciones que enriquecen el fin de la investigación.

Es decir que la calidad de datos o de la información obtenidos de la presente investigación son de suma relevancias, ya que hacen consciencia de que no existe neutralidad u objetividad pura en el trabajo de interpretación de datos. Por ende, es así como con el enfoque cualitativo es que se sacará el máximo provecho del conocimiento de los participantes para así aplicarlo a la problemática planteada en un inicio, recalcando que además se realizará en un ambiente completamente natural ya que el fenómeno de tarjeta de crédito y los abusos cometidos por las entidades emisoras desencadenan otros problemas de gran importancia.

Además, con el enfoque cualitativo se podrá conocer la evolución que ha sufrido la figura de la tarjeta de crédito en nuestro país y cuales son las medidas o herramientas que existen en el ordenamiento jurídico costarricense para hacerle frente a procesos monitorios dinerarios.

Tipo de investigación

Existe una gran variedad de tipos de enfoques que se pueden adoptar a una investigación, el tipo lo podemos definir como las bases filosóficas a partir de las cuales se desarrolla el proceso de investigación. También se puede definir como “aquellos procedimientos lógicos y rigurosos que siguen los investigadores para obtener conocimiento” (Sandra Gutiérrez, s.f.)

El enfoque elegido es el explicativo-exploratorio ya que al proponerse el desarrollo de la presente investigación surgieron inquietudes que no son posibles de resolver de manera inmediata es por lo anterior, que se escogió dicho enfoque permitiendo establecer un proceso para desarrollar una solución tratándose de orientar la búsqueda de respuestas a eventos o situaciones de tipo social explicando por qué ocurren y las condiciones en que se dan estas.

El enfoque explicativo es adecuado para la presente investigación ya que se busca ahondar sobre un fenómeno socio-jurídico de uso cotidiano por lo cual es necesario la recolección de información provenientes de expertos, este enfoque tiene como objetivo encontrar las razones o causas que provocan ciertos eventos, es decir que se relaciona con la presente investigación en el sentido de que busca explicar el fenómeno de la omisión de aplicación de la normativa con respecto a la fianza dentro de proceso monitorios dinerarios con respecto al cobro de sobregiros de tarjeta de crédito.

La investigación explicativa intenta dar cuenta de un aspecto de la realidad, explicando su significatividad dentro de una teoría de referencia, a la luz de leyes o generalizaciones que dan cuenta de hechos o fenómenos que se producen en determinadas condiciones. (Frank Morales, 2010)

Como se puede esclarecer de los objetivos planteados al inicio de esta investigación se busca explicar el sistema de la tarjeta de crédito, así mismo el contrato de fianza, y la certificación de contador público autorizado, siendo que la intención es enlazar las teorías existente sobre cada uno de estos objetivos con los criterios jurisprudenciales tan diversos, como con el criterio de los expertos entrevistados así mismo con la valoración de la autora para generar una respuesta al vacío jurídico que ha perseguido a los fiadores en torno al cobro de sobregiros de tarjetas de crédito, así incentivándose una reforma al artículo 611 donde se indiquen las limitaciones de dicho título ejecutivo.

El tipo de investigación elegido, permite explicar el instituto de la tarjeta de crédito y los elementos que implican, así mismo la estructura y funcionamiento que desempeñan dentro del sistema de tarjeta de crédito, igualmente es exploratorio ya que se busca examinar un tema que ha sido de poco estudio con el fin principal de ampliar la información con la que se cuenta actualmente sobre el tema, siendo así que se logrará tener un panorama más a amplio de la situación permitiendo encontrar una solución viable para el dilema que venimos abarcando.

Así mismo, es exploratorio ya que no nos limitaremos solamente a explicar el funcionamiento de un fenómeno, sino, que iremos más allá, haciendo un estudio más profundo sobre el fenómeno para entenderlo ampliamente y su trascendencia en la sociedad.

Con respecto al tipo exploratorio Hernández et al. (2010) citan:

Los estudios exploratorios se realizan cuando el objetivo es examinar un tema o problema de investigación poco estudiado, del cual se tienen muchas dudas o no se ha abordado antes. Es decir, cuando la revisión de la literatura reveló que tan sólo hay guías no investigadas e ideas vagamente relacionadas con el problema de estudio, o bien, si deseamos indagar sobre temas y áreas desde nuevas perspectivas. (p.79)

A su vez Hernández et al. (2010) mencionan que los resultados que se buscan obtener utilizando este tipo de alcance:

sirven para familiarizarnos con fenómenos relativamente desconocidos, obtener información sobre la posibilidad de llevar a cabo una investigación más completa respecto de un contexto particular, investigar nuevos problemas, identificar conceptos o variables promisorias, establecer prioridades para investigaciones futuras, o sugerir afirmaciones y postulados. (p.79)

Diseño / Método

El diseño es una estructura que se busca seguir en el desarrollo de la presente investigación, por medio del diseño se delimita la problemática. Para el autor Hernández et al. (2010) “el diseño o método debe visualizarse la manera práctica y concreta de resolver el planteamiento del problema de la investigación, además de cumplir con los objetivos fijados”.

Por otro lado, para Balestini (2006) el diseño es “un plan global de investigación que integran de un modo coherente y adecuadamente correcto, técnicas de recogida de datos a utilizar, análisis previstos y objetivos” (p.131).

Según Murillo (2011) “el término investigación-acción hace referencia a una amplia gama de estrategias realizadas para mejorar el sistema educativo y social” (p.3).

El diseño que se seguirá es el de Investigación-Acción, ya que es el plan o estrategia concebida para obtener la información con el fin de responder a la pregunta de investigación. “La finalidad de la investigación-acción es resolver problemas cotidianos e inmediatos y mejorar prácticas concretas” (Álvarez-Gayou, 2003, Merriam, 2009).

Elliot (1991), mencionado por Hernández et al. (2010) conceptúa este tipo de diseño como “el estudio de una situación social con miras a mejorar la calidad de la acción dentro de ella” (p.509).

Con este diseño se busca un cambio social dando como resultado la solución a una problemática que se necesita resolver, es decir que se busca mejorar la calidad de vida en torno a la problemática, por medio de las entrevistas se recopilará información para lograr dicho cambio.

El enfoque investigación-acción posee algunas características de importante aplicación a el presente estudio como lo son:

- La investigación-acción envuelve la transformación y mejora de una realidad.
- Parte de problemas prácticos y vinculados con un ambiente o entorno.
- Implica la total colaboración de los participantes en la detección de necesidad y en la implementación de los resultados del estudio.

Este tipo de Diseño aporta información que guía la toma de decisiones para programas, procesos y reformas estructurales como la que se busca con el desarrollo de este estudio, ya que los participantes viven un problema diario por lo que se encuentran mejor capacitados para abordarlo, así mismo la conducta de dichas personas se encuentra influida por el entorno natural que los rodea.

Para lograr los objetivos planteados es necesario cumplir con tres fases, la primera es observar, es decir, delimitar el problema y recolectar datos, el segundo paso es pensar, que se relaciona al momento de analizar e interpretar toda la información recolectada; y el último es actuar, que significa resolver el problema o implementar mejoras

En relación con la presente investigación, este diseño permite construir el conocimiento por medio de la práctica, es decir que por medio de las entrevistas y la recolección de teorías se pueda dar con una respuesta a la problemática, asociando la investigación con un enfoque experimental que permite involucrar a los sujetos que se encuentran en contacto diario y sufren del problema objeto de estudio.

Según la naturaleza las características que abarca el diseño de Investigación-Acción permiten investigar y enlazar las teorías existentes sobre el sistema de tarjeta de crédito y el instituto del sobregiro, la fianza y el proceso de cobro por medio de certificación de contador público, con la recolección de datos provenientes de expertos en la materia, permitiendo así una interpretación y crítica para dar como resultado una acción que representa una solución jurídica a la problemática socio-jurídica del cobro de sobregiros de tarjetas de crédito hacia fiadores con esperanza de que se modifique la práctica a la luz de los resultados obtenidos en este estudio.

Como conclusión, el enfoque Investigación-Acción es esencial al momento de abordar las soluciones a través de una serie de pasos y acciones permitiendo a las personas envueltas en la problemática mejorar su calidad de vida, recalando que hoy en día no se encuentran registros de una regulación expresa en cuanto a los límites y alcances de la certificación emitida por CPA en relación a fiadores, es por ello que con una modificación al artículo 611 se debe determinar las condiciones en que es adecuado el uso de dicha certificación contra fiadores, evitando caer en abusos. Así permitiendo este diseño elegido resolver la problemática cotidiana e inmediata mejorando prácticas concretas.

Muestra de la Investigación

El término muestra tiene relación con la población a la que se va a tomar en cuenta para extraer información de la cual se pretende generar los resultados, para Arias (2006) “población es un conjunto finito o infinito de elementos con características comunes para los cuales serán extensivas las conclusiones de investigación” (p.8). Según el enfoque elegido así será la elección de muestra “es la población de la cual se recolectan los datos” (Hernández et a. 2014, p.173).

Es decir, que la muestra va a convertirse en el universo de la investigación, y que consta de características necesarias para concluir con el estudio y la pregunta de investigación. Por lo que para la muestra de investigación del presente trabajo, se van a tomar en consideración expertos en la materia, es decir profesionales en derecho comercial, es necesario que para el presente estudio las personas a entrevistar estén en constante relación con cobros de sobregiros hacia fiadores, además de contar con experiencia laboral sobre el tema que nos aborda y un conocimiento teórico sobre fiadores y sobregiros, por lo que la muestra a consultar dentro de esta investigación son cuatro expertos, el primer experto es el Licenciado Alfredo Mata quien funge como Jefe del Departamento de Fiscalía del Colegio de Contadores Públicos, el segundo experto es el Doctor Sergio Artavia Barrantes quien posee un altísimo conocimiento sobre materia de cobro, además de su trayectoria como profesional siendo un co-redactor del nuevo Código Procesal Civil, por lo que resulta de un alto provecho la información obtenida de él, así mismo, el tercer experto es el Licenciado Carlos Sanabria Vargas Jefatura del Departamento de Procedimientos Administrativos Dirección de Apoyo al Consumidor del Ministerio de Economía Industria y Comercio, así mismo, como último experto pero no menos importante contamos con la Licenciada Kattia Chaves Jefa del Departamento de Educación al Consumidor del Ministerio de Economía, Industria y Comercio, dichos profesionales resultan convenientes con el objetivo de esta investigación debido a que tienen relación diaria con la problemática de investigación, siendo así que con la información proveniente de ellos se logrará plantear algunas posibles respuestas a la pregunta de investigación.

Así mismo Hernández (2014), mencionado por Obando (2018) al respecto de la muestra en la investigación cualitativa menciona:

La metodología cualitativa permite entender cómo los participantes de una investigación perciben los acontecimientos. La variedad de sus métodos, reflejan la perspectiva de aquel que vive el fenómeno. El uso de esta aproximación es de carácter inductivo y sugiere que, a partir de un fenómeno dado, se puede encontrar similitudes en otro, permitiendo entender procesos, cambios y experiencias. (p.104)

Expuesto lo anterior, para proceder con el desarrollo de esta investigación se contará con la participación de cuatro especialistas, lo cuales son convenientes por sus características personales y la accesibilidad que se tiene para obtener la información proveniente de tales, dichos expertos tienen una trayectoria profesional en el campo del derecho del consumidor, así mismo como la materia civil de cobro, que se relaciona al cobro sobregiros de tarjetas de crédito hacia fiadores, las personas seleccionadas son profesionales con una larga experiencia laboral en su ejercicio profesional del derecho por lo que considero que con su conocimiento aportarán datos de calidad para la investigación

Unidades de Análisis

Según el enfoque empleado en la investigación el cual es cualitativo, se utilizarán las unidades de análisis que son la razón del qué y porqué de la presente investigación, es decir, las unidades de análisis muestran la razón que categoriza los objetivos planteados al inicio de esta investigación.

Dichas unidades de análisis se obtuvieron de los objetivos específicos los cuales tienen contenido conceptual en el marco de referencia, siendo que éstas representan lo más importante en el desarrollo del presente proyecto.

Según Balcells (1994), mencionado por Contreras (2018):

La unidad de análisis es el fragmento del documento o comunicación que se toma como elemento que sirve de base para la investigación. Puede clasificarse con arreglo a distintos criterios: según sea el contenido de base gramatical o no; según el significado.

Como consecuencia, las unidades de análisis elegidas fueron tomadas de los objetivos específicos, las cuales van a permitir formular las preguntas de investigación para el desarrollo del presente proyecto.

Del primer objetivo específico se tomará como primera unidad de análisis de esta investigación el sobregiro dentro del contrato de tarjeta de crédito.

Del segundo objetivo específico se procederá a tomar como segunda unidad de análisis el contrato de fianza y su límite de responsabilidad en la tarjeta de crédito.

Por último, pero no menos importante, del tercer objetivo específico se tomará como tercera unidad de análisis el proceso de cobro monitorio dinerario en el Código Procesal Civil mediante certificación de contador público autorizado.

Instrumentos

“El Instrumento es un recurso que utiliza el investigador para registrar información o datos” (Hernández et al., 2014, p.199).

El tipo de instrumento que se utilizará para la presente investigación serán las entrevistas ya que es el que encuentro en mayor sintonía con el diseño elegido para la investigación permitiendo recolectar la información necesaria para brindar respuesta a los objetivos planteados.

Según los autores Hernández et al. (2010) quienes definen el instrumento de entrevista como: “una reunión para conversar e intercambiar información entre una persona (el entrevistador) y otra (el entrevistado) u otras (entrevistados). En el último caso podría ser tal vez una pareja o un grupo pequeño como una familia” (p. 418).

Se usarán las entrevistas para explorar el fenómeno en profundidad del sobregiro dentro de la tarjeta de crédito, así mismo el contrato de fianza y su límite de responsabilidad, siendo que este

instrumento permite al investigador adentrarse al analizar múltiples realidades ya que son numerosos los casos en donde vemos evidenciada la problemática, los datos para buscar una respuesta al problema, los extraeremos por medio de entrevistas a expertos en la materia; que se encuentra en constante relación con la problemática logrando así ampliar conceptos y significados para la aplicación en la vida profesional y fundamentar los resultados con los datos recopilados, en las consultas, y en la interpretación de conceptos, no en las estadísticas.

Se utilizará el tipo Entrevista estructurada en donde con las preguntas establecidas previamente fundamentadas y a su vez relacionadas en las unidades de análisis se busca respuestas a las interrogantes de la presente investigación.

Para Contreras (2013) las entrevistas estructuradas son aquellas “que se caracterizan porque las preguntas son iguales para todos los entrevistados y son formuladas siguiendo un orden determinado. Previamente es planificada”.

Procedimiento para la recolección de datos

"La recolección de datos es un proceso meticuloso y difícil, pues requiere un instrumento de medición que sirva para obtener la información necesaria para estudiar un aspecto o el conjunto de aspectos de un problema" (Guerra, s.f, p.1).

Para proceder con la investigación es necesario contar con información proveniente de los expertos los cuales se encuentran relacionados con la problemática del sobregiro y el cobro a fiadores, dicha recopilación de información a expertos se hará por medio del instrumento de la entrevista, aunado a esto, el análisis de infinidad de información proveniente de doctrina y jurisprudencia, siendo que se vuelve indispensable para el desarrollo de la investigación analizar la información obtenida mediante las entrevistas.

Esta clase de datos obtenido por medio de las entrevistas es muy útil para capturar de manera completa y lograr entender los motivos de fondo, los significados y las razones internas del

comportamiento humano, relacionado con la problemática de cobro de sobregiros a fiadores por medio de certificación de contador público autorizado.

La recolección de datos abarca la elaboración de un plan o procedimiento detallado para reunir toda la información necesaria con el propósito de responder a la pregunta de investigación, dicho procedimiento se hará por medio de la entrevista estructurada anteriormente abordada.

Método de análisis

El método por utilizar en esta investigación es el método de factorización propuesto por Hernández et al. (2010) en su libro Metodología de la investigación, que consiste en que de los objetivos específicos saldrán las unidades de análisis que tienen contenido en el marco de referencia, las cuales se categorizarán y describirán para analizar e interpretar los datos; para posteriormente darle respuesta a la pregunta de investigación.

Es decir, que el método expuesto consiste en la determinación de objetivos específicos para proceder con la investigación, dichos objetivos van estrechamente relacionados con el objetivo general, dictando las pautas a investigar, de los cuales se extraen unidades de análisis y con base en sus conceptualizaciones encontradas en el marco de referencia se efectúan las preguntas a los expertos por medio del instrumento elegido.

Una vez recopilado la información de los expertos en la materia se procede a interpretar y analizar dicha información, para proceder a interrelacionarlas con el contenido teórico con el fin de buscar una o varias respuestas a la pregunta de investigación, es decir, los datos recopilados según la experiencia y el conocimiento de los expertos relacionados al cobro de sobregiros de tarjeta de crédito a fiadores por medio de una certificación de contador público autorizado, una vez interpretados y analizados permitirán dar respuesta al problema planteado objeto de la presente investigación, es decir, ¿es viable jurídicamente el cobro de sobregiros de tarjeta de crédito a un fiador mediante una certificación de contador público autorizado?

Capítulo IV: Análisis de resultados

El presente capítulo tiene como finalidad mostrar el análisis que existe detrás del desarrollo de cada categoría de análisis, así como, la fundamentación que llevó a cada unidad de análisis ser elegida con base en los objetivos definidos al inicio de la investigación, así mismo, este capítulo tiene origen como consecuencia de la recolección y organización de información relativa al cobro de sobregiros de tarjetas de crédito a fiadores, así las cosas procede hacer un análisis soportado con los datos recopilados de expertos en relación a la problemática de investigación, así mismo, esto se realiza mediante dos tareas, el análisis y la interpretación de dicha información obtenida como resultado de aplicar el instrumento elegido según el método cualitativo seleccionado para la presente investigación.

El análisis consiste en dar respuesta a los objetivos planteados en la investigación a partir de la aplicación del instrumento y los datos resultantes de esto, lo cual permite precisar las causas o razones que llevaron a quien redacta a tomar la decisión de emprender el presente estudio, siendo que así se posibilite una acción en respuesta del vacío jurídico al respecto del cobro de sobregiros hacia fiadores.

Por otro lado, la interpretación tiene una función explicativa, es decir, se busca con la interpretación darle significado al resultado de la información analizada en relación a lo que ya se conoce en torno a la problemática, de esta manera se puede aportar un significado a los hallazgos o resultados obtenido como consecuencia del análisis para así aportarlos en una solución a la problemática y lograr esclarecer el panorama en relación a la responsabilidad de un fiador dentro de un contrato de tarjeta de crédito.

Según Hernández (2014) “en ciertos estudios es necesaria la opinión de expertos en un tema. Estas muestras son frecuentes en estudios cualitativos y exploratorios para generar hipótesis más precisas o la materia prima del diseño de cuestionarios” (p.419).

Por lo que a continuación lo que corresponde desarrollar es la conocida “triangulación de información” entendiéndose esta como la acción de entrelazar o vincular las teorías y conceptos abordados en el segundo capítulo: Marco de Referencia, con la información obtenida de los

expertos que cumplen un perfil idóneo para la investigación, con el último elemento siendo este el criterio y análisis personal de quien redacta. Lográndose así con este capítulo analizar los aspectos más relevantes que se tomaron como base para emprender el presente estudio con el único fin de responder a la incógnita de investigación.

Expuesto lo anterior, se procederá a conceptualizar cada unidad de análisis y sus correspondientes categorías, cada una elegida según la necesidad de cada objetivo específico, los cuales tienen referencia en el Capítulo Segundo de la presente investigación.

Descripción, análisis e interpretación de las categorías de análisis según el marco de referencia:

El proceso de recolección de datos según Hernández et al. (2010) consiste en que: “una vez que seleccionamos el diseño de investigación apropiado y la muestra adecuada de acuerdo con nuestro problema de estudio, la siguiente etapa consiste en recolectar los datos pertinentes sobre las variables involucradas en la investigación”, es decir, es la planificación de un instrumento de medición siendo que en el presente caso es la entrevista, como medio de medición cumpliendo con los requisitos técnicos para poder aplicarlo a la muestra seleccionada para la investigación.

Por lo que de esta manera en este apartado se procederá a exponer el criterio de cada uno de los expertos entrevistados, aunado al criterio de quien redacta, como consecuencia logrando la triangulación de la información, dicho criterio proveniente de expertos fue obtenida en relación a las interrogantes planteadas buscando respuesta a los objetivos específicos planteados al inicio de la investigación, cabe reiterar que las preguntas fueron creadas en relación a las unidades de análisis que se procederá a detallar a continuación, las cuales fueron elegidas cuidadosamente para desarrollar opciones de solución al factor que se estudia.

Primera unidad de Análisis: El Sobregiro en la Tarjeta de Crédito

El sobregiro es un contrato por medio del cual una entidad bancaria abre una línea de crédito al tarjetahabiente para que se exceda en dicha cuenta por un monto mayor a sus haberes, es un instituto que nació en la cuenta corriente bancaria, no obstante, el contrato de apertura de crédito es una modalidad de crédito dentro de la cuenta corriente bancaria, en donde una entidad financiera

concede al cliente su uso a través de ésta última, es decir, el contrato utilizado en la tarjeta de crédito es el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente bancaria, por lo que el fenómeno del sobregiro puede darse en cualquier modalidad de la cuenta corriente bancaria la cual es la plataforma que permite al cliente hacer uso de esta modalidad de línea de crédito rotatorio para uso de tarjeta de crédito.

Al respecto en nuestro Código de Comercio se conceptualiza el sobregiro en los siguientes términos:

Artículo 632 Bis: El sobregiro bancario o crédito en cuenta corriente es un contrato por medio del cual un banco abre un crédito a un cuentacorrentista, para sobregirarse en su cuenta por un monto mayor a sus haberes. Los giros contra autorización podrán hacerse mediante cheques, tarjetas de cajero automático, tarjetas de débito cualesquiera otros medios que las partes convengan. El saldo que resulte al finalizar el contrato de sobregiro bancario podrá ser exigido por el medio de garantía que acordaron las partes, o por la vía ejecutiva simple.

A) Contrato de Apertura de Crédito para uso de tarjeta de crédito:

Como se ha venido desarrollando a lo largo de esta investigación, el sistema contractual de la tarjeta de crédito es un sistema complejo, el cual consta de una serie de contratos que permiten su funcionamiento, sin embargo, el contrato que nos interesa para este análisis es el contrato de apertura de crédito el cual permite el uso de la tarjeta de crédito como consecuencia material, la cuál sin esta serie de relaciones contractuales carecería de valor por sí misma, debido a que la tarjeta de crédito por sí sola es un documento de plástico que contiene una serie de datos que identifican al tarjetahabiente como cliente del ente emisor de la tarjeta.

La tarjeta de crédito comprende una relación triangular la cual se desarrolla por medio de contratos: el contrato de afiliación entre el emisor y los comercios afiliados, el contrato entre el comercio afiliado y el consumidor que puede materializarse por medio de distintas

acciones como contratos de compra-ventas, contratos de transporte, etc., y por último el contrato de apertura de crédito celebrado entre el ente emisor y el consumidor, mismo que procedo a detallar más exhaustivamente en esta categoría de análisis.

El contrato celebrado entre el ente emisor de la tarjeta de crédito y el consumidor es el contrato de apertura de crédito o de apertura de línea de crédito, este mismo constituye el contrato base para el surgimiento y el uso de una tarjeta de crédito, dicho contrato consiste en la disposición por parte de la entidad crediticia (la cual puede ser un banco o una entidad financiera dedicada a este giro comercial) de una cantidad de dinero de manera revolutiva o rotatoria a favor del consumidor, para que disponga de dicha cantidad en los establecimientos afiliados al sistema y en las condiciones pactadas dentro de dicho contrato, a cambio de una comisión; además es importante destacar que el contrato de apertura de crédito para el uso de una tarjeta de crédito es un contrato de adhesión.

Del presente contrato se destacan dos aspectos de alta importancia, el primero lo encontramos en la forma del crédito rotatorio, que consiste en la posibilidad del usuario de ir reintegrando de manera parcial en la medida que utilice el dinero puesto a su disposición, siendo que de esta manera siempre va a tener a disposición parte del monto y el límite del crédito nunca se agote mientras cancele parcialmente los montos utilizados.

El otro aspecto importante, es la característica por excelencia de este tipo de contrato el cual es un contrato de adhesión, lo cual significa que las condiciones y cláusulas que componen dicho contrato son impuestas por solamente una parte, la cual viene a ser la entidad emisora de la tarjeta, por lo cual el consumidor o tarjetahabiente se limita a aceptar únicamente con su consentimiento sin existir una discusión previa. Así mismo para evitar un abuso a los derechos de los consumidores el Reglamento 35867-MEIC regula las estipulaciones mínimas que deben contener dichos contratos, para evitar poner en desventaja a la parte del consumidor.

En el mismo sentido, se le pregunto al Licenciado Andrés Sanabria (en adelante Experto A) y a la Licenciada Kattia Chaves (en adelante Experto B) sobre su conocimiento acerca

del contenido del monto de sobregiro dentro del contrato de adhesión, a lo que procedió a contestar el “Experto A” haciendo referencia:

No se encuentra estipulado normativamente dicho requisito, debido a que no se puede presumir la existencia de una cuenta corriente al existir una tarjeta de crédito, ya que, si bien existe regulación para sobregiro, pero es para las tarjetas de débito, en dicha regulación se estipula que no pueden incluirse montos o cargos no previstos en el contrato. (2019, comunicación personal)

A su vez el “Experto B” (2019, comunicación personal) menciona que no se encuentra segura si en la práctica se da la inclusión de dicha cláusula en el contrato de adhesión.

Siguiendo la línea de análisis del contrato de apertura de crédito, el mismo reglamento supra citado indica que debe de incorporarse el monto máximo de crédito autorizado dentro del contrato de tarjeta de crédito, por lo que es aquí donde nace la inquietud ante el escenario de una posible modificación en ese monto máximo autorizado o sobre la eventual existencia de un sobregiro, a lo que los expertos hacen referencia, El “experto A” menciona:

Las condiciones generales incorporadas a un contrato deben de ser suficientemente claras y precisas a fin de que no induzcan a error a los consumidores. Por ello, cualquier modificación a las condiciones pactadas deben ser al menos previsibles para el consumidor, en todo caso el tarjetahabiente cuenta con dos meses para rechazar dichas modificaciones plazo que corre a partir de la notificación. (2019, comunicación personal)

Al respecto el “experto B” “menciona que debe de consultarse y obtener de previo el consentimiento del consumidor ya que dichas modificaciones al límite de crédito constituyen variaciones sustantivas de las condiciones de la contratación inicial” (2019, comunicación personal).

Así mismo, acerca de las modificaciones en el límite de crédito del contrato de tarjeta de crédito y su comunicación al fiador, el “Experto A” menciona que “el emisor de las tarjetas de crédito se encuentra obligado a notificar en el estado de cuenta inmediato posterior al tarjetahabiente, el aviso de modificación del contrato original para que éste determine si mantiene o no la relación contractual” (2019, comunicación personal). Por su parte el “Experto B” menciona que “en la práctica no son comunicadas al fiador ya que el estado de cuenta es del tarjetahabiente y debería de existir en la sana práctica un documento informativo para el fiador” (2019, comunicación personal).

En el mismo orden de ideas acerca del contrato de apertura de crédito para el uso de tarjeta de crédito como un contrato adhesivo, se les preguntó a los expertos acerca de la modificación del contrato original ante la eventualidad de existir cambios en el límite de crédito, al respecto el “experto A” contestó que “el contrato original no requiere ser modificado ya que si se aplica el aviso de modificación además de los anexos que establece la norma, pues para cualquier efecto todos conforman en su conjunto la relación contractual” (2019, comunicación personal). Por su parte el “experto B” menciona que “si debe de modificar el contrato original ya que dicho cambio en el límite de crédito constituye una variación sustantiva” (2019, comunicación personal).

Según lo anterior expuesto nace una inquietud derivada de la contradicción de criterios, ya que si bien el “Experto A” menciona que “mientras se notifiquen esas modificaciones al tarjetahabiente no es necesario variar el contrato original, porque todos conforman en su conjunto la relación contractual” (2019, comunicación personal), en contrario censo el “experto B” menciona que “si se debe de variar el contrato original” (2019, comunicación personal).

Pese a esta variedad de interpretaciones acerca de las variaciones del contrato ambas provenientes del mismo Ministerio, no obstante, cabe hacer la diferencia que el “experto A” hace mención de las notificaciones al Tarjetahabiente, figura diferente del fiador, sin embargo, el Reglamento 35867-MEIC menciona que las “condiciones generales incorporadas a un contrato deben ser suficientemente claras y precisas, a fin de que no

induzcan a error a los consumidores... y en caso de duda en la interpretación de las condiciones generales, ésta se resolverá a favor de los consumidores” es por esto, que no puede existir información desagregada ya que el deber de información pertenece a la entidad emisora y no al fiador, y no debe éste último tener que buscar la información en diferentes sitios para tener pleno conocimiento de lo que se está obligando en el contrato de tarjeta de crédito.

Haciendo mención del medio de notificación al tarjetahabiente, el “experto A” recalca que “es por medio de los estados de cuenta”, omitiéndose especificar porque medio se debe de notificar dicha información al fiador, sin embargo es en el artículo 5.2.19 que se encuentra regulado un requisito de fondo del contrato de tarjeta de crédito el “procedimiento de notificación al garante en casos de variaciones del límite de crédito” lo cual quedó evidenciado según la experticia de los entrevistados que no se cumple en la práctica en relación al fiador, ya que si bien se informan dichos cambios por medio de estados de cuenta, los estados de cuenta no son accesibles para el fiador por no ser el titular de la tarjeta.

Ante este panorama de modificaciones al contrato de tarjeta de crédito, pese a que se encuentra permitido en el Reglamento en mención, se les preguntó a los expertos si constituía incumplimiento contractual, a lo que el “experto A” cita:

No es causal de incumplimiento de acuerdo al marco normativo ya que se le da un plazo de dos meses al tarjetahabiente a partir de la notificación para que pueda rechazar la propuesta, en el caso de que el tarjetahabiente no conteste dentro de ese plazo se entiende que las modificaciones han sido aceptadas, así mismo, menciona que solo habría incumplimiento si la modificación se aplica sin conocimiento del consumidor, o bien, si éste una vez conocida la rechaza expresamente y el emisor aún así la aplica.

Al respecto el “experto B” menciona (2019, comunicación personal):

Pudiere ser causal de incumplimiento si el consumidor entendiéndose aquí al fiador, no consiente ya que la relación que encontramos es una relación de consumo, por lo que debe de existir la manifestación de voluntad por ambas partes, pese a que el contrato tiene naturaleza adhesiva; aún con mayor razón debe manifestarse el consentimiento del consumidor, ya que el fiador es un tercero interesado dentro del contrato de tarjeta de crédito. (2019, comunicación personal)

Expuestos los criterios de los expertos anteriores, me parece que merece especial tratamiento el tema de las modificaciones al límite ya que si bien el Reglamento 35867-MEIC lo permite en su artículo 10 que menciona acerca de las modificaciones:

El emisor de tarjetas de crédito está obligado a notificar en el estado de cuenta inmediato posterior al tarjetahabiente, el aviso de modificación del contrato original y los anexos para que este pueda determinar si mantiene la relación contractual o no.

Así mismo, con respecto al fiador el mismo artículo menciona que “en casos de modificaciones al contrato que afecten de forma significativa la situación patrimonial del fiador como por ejemplo el límite de crédito deberán de ser notificadas a éste a efectos de que el fiador pueda manifestarse sobre su continuidad en esa condición”.

Según lo anterior, después de las teorías expuestas en el marco de referencia, aunado a esto la información obtenida por medio de las entrevistas, logro concluir con que no existe una fiscalización con respecto a la materialización de la notificación a los fiadores en aspectos de modificaciones que los perjudica como terceros interesados, no obstante que existe regulación al respecto como lo vemos en el Reglamento 35867-MEIC.

Por lo que considero no se puede seguir una práctica que facilita la evolución del giro comercial de las entidades emisoras, pero que al mismo tiempo ponga en indefensión y en desinformación al fiador en temas tan sustanciales como lo es el límite de su responsabilidad, ya que el fiador debe comprender las consecuencias de dichas modificaciones, entre las cuales encontramos que en caso de que el deudor no cumpla con su obligación le corresponderá hacerle

frente con su propio patrimonio, máxime que los derechos al consumidor son derechos protegidos constitucionalmente por el artículo 46.

Es decir, no se puede perder la seguridad y buena fe de la relación de consumo por la globalización de las tarjetas de crédito como medio de intercambio, siendo que se normalicen las prácticas de eliminar formalismos para variar límites de crédito, ya que si bien es cierto jurisprudencialmente nuestros Tribunales de Justicia aceptan dicha práctica por ser más ágil e innecesaria el llamar a cada consumidor a firmar, además de que la normativa correspondiente habilitó la realización de modificaciones por medio de estados de cuenta, no se hicieron especificaciones ni se excluyeron elementos, porque no es posible aplicársele dichas modificaciones a cualquier parte del contrato, ya que esto llevaría a violentar los derechos del fiador como consumidor dentro de un contrato de tarjeta de crédito, adicionando que dicha relación contractual es de consumo y de acuerdo a la ley 7472 debe de facilitársele la información clara al consumidor entendiéndose entre estos al fiador. Por lo que, considero pertinente se debe trabajar en la mejora con respecto a la ejecución de las notificaciones de variaciones al contrato original hacia terceros interesados como lo es el fiador.

B) Sobregiro en la tarjeta de crédito:

Como mencioné anteriormente, desde una visión general, el sobregiro es originario de la cuenta corriente bancaria, sin embargo, el contrato de apertura de crédito utilizado en la tarjeta de crédito constituye una modalidad de crédito que utiliza la plataforma creada por la cuenta corriente bancaria, por lo que como consecuencia el sobregiro es un instituto que puede darse en cualquiera de las modalidades de la cuenta corriente bancaria, incluyendo la tarjeta de crédito.

El sobregiro tiene distintos alcances según las diferentes doctrinas, por ejemplo en otros países como Venezuela se conoce como sobregiro, cualquier giro que se haga en contra de una cuenta corriente bancaria cuya provisión de fondos provenga de un crédito concedido por la institución donde radica la cuenta corriente bancaria, en este caso la entidad financiera que emite la tarjeta de crédito, es decir, siguiendo esta doctrina, la disponibilidad del crédito revolutivo otorgado por la entidad financiera para el uso de la tarjeta de crédito ya se considera como sobregiro, por el solo hecho de provenir de dicha entidad, ya que no es un crédito que el

tarjeta habiente tuviera a disposición sino fuese por la apertura del crédito para el uso de dicha tarjeta, ya que fue puesto a su disposición por parte del banco o entidad financiera para dicho fin, a diferencia de los giros que se hagan precedidos de un depósito, los cuales no son causa de sobregiro, por tener como origen una acción distinta a la provisión de fondos por parte de la entidad financiera.

En nuestro país el sobregiro se entiende como sobregiro documentado según la SUGEF en su oficio AG-1018-83, ya que es válida la tesis en donde si existe sobregiro a pesar de que la provisión de fondos provenga de una línea de crédito otorgada por la entidad financiera.

Al respecto cabe resaltar el criterio de la Contraloría General de la República que menciona:

En nuestro derecho positivo toda cuenta corriente bancaria fondeada con crédito concedido por la entidad donde reside la cuenta corriente bancaria es sobregiro, aunque no se debería de hablar de sobregiro cuando un banco previamente otorga un crédito al cuentacorrentista, pues jurídicamente ese es un medio para lograr la disponibilidad de dinero aunque no sea por la vía del depósito, no haría sobregiro, término este último que debería limitarse a los casos en que se giran sumas cuando no hay provisión suficiente de fondos.

Con relación a la existencia de sobregiro en una tarjeta de crédito el “experto A” menciona que:

El sobregiro bancario está contemplado en la Ley para cuentas corrientes (art. 632 bis Ley 3284), no para contratos de tarjetas de crédito. Un sobregiro es en esencia, un giro de dinero mayor al que el se tienen en la cuenta, donde la diferencia por encima de ese saldo se considera un crédito. No tiene sentido este concepto en una tarjeta de crédito, porque no hay un saldo en cuenta, simplemente resulta en una mera ampliación del límite de crédito.

Al respecto es importante mencionar el criterio del “experto B”:

Es cuando se permite superar ese límite que tiene la tarjeta, ese monto límite de crédito en el cual no debería sobrepasar, esto tiene implicaciones porque hablamos de un crédito

revolutivo que genera intereses. Sin embargo, aquí en Costa Rica se acaban de identificar el sobregiro en una tarjeta de debito el cual es imposible y se tiene que corregir.

Sin embargo, se mezclan servicios individuales con la tarjeta de crédito, por ejemplo el adelanto de salario es distinto a la naturaleza de la tarjeta de débito y de la naturaleza de tarjeta de crédito, ya que han agarrado estas tarjetas y les han puesto una serie de cosas paralelas aliadas a la tarjeta, pero que son servicios financieros diferentes, con condiciones diferentes, es una contratación totalmente aparte; no son accesorias, son relaciones distintas las cuales se deben de consentir por aparte y no deben ir asociado a la tarjeta de crédito ya que desde el punto de vista jurídico son un servicio aparte.

El “experto A” reitera su respuesta ante las cuestionables acerca de si cualquier suma que supere el límite del crédito pactado constituye sobregiro, además ante la posibilidad de existir sobregiro a pesar de que la provisión de fondos provenga de la disponibilidad del crédito otorgado por un banco, a lo que dicho experto contesta (2019, comunicación personal):

El sobregiro bancario está contemplado en la Ley para cuentas corrientes (art. 632 bis Ley 3284), no para contratos de tarjetas de crédito. Un sobregiro es en esencia, un giro de dinero mayor al que él se tienen en la cuenta, donde la diferencia por encima de ese saldo se considera un crédito. No tiene sentido este concepto en una tarjeta de crédito, porque no hay un saldo en cuenta, simplemente resulta en una mera ampliación del límite de crédito.

Según el “Experto A” vemos que no existe sobregiro en tarjeta de crédito, a pesar de que se sobrepase el monto llamado “límite de crédito” pactado dentro del contrato de tarjeta de crédito debido a que no existe un saldo en la cuenta, sino, simplemente se dio una ampliación al límite del crédito, lo cual se hace cuestionable con la categoría de análisis anterior sobre las modificaciones en el límite de crédito del contrato la cual me permito valorar.

Como se mencionó anteriormente, el sobregiro es un instituto que nació en la cuenta corriente bancaria, de la cual surge el contrato de apertura de crédito que permite el uso de la tarjeta de crédito, por lo que difiero con el criterio del “experto A” ya que, a criterio de la presente el sobregiro en la tarjeta de crédito si existe a pesar de que como se menciono por el “experto A” no viene normativamente dispuesta su inclusión dentro del contrato de crédito, sin embargo, se extraña

una definición normativa de acuerdo a lo que en la práctica implica un sobregiro, debido a que el concepto que encontramos en el artículo 632 Bis del Código de Comercio “contrato por el cual un banco abre un crédito a un cuentacorrentista para sobregirarse en su cuenta por un monto mayor al de sus haberes”, permite entender que toda la línea de crédito puesta a disposición del cliente constituye sobregiro al no poseerlo el tarjetahabiente de manera anterior a la apertura de la línea de crédito para el uso de tarjeta de crédito.

Por lo que, en consideración con la experticia de los entrevistados, aunado a la información recabada en el marco de referencia, el sobregiro por definición constituye la suma que sobrepasa el monto límite pactado en el contrato de apertura de crédito, debiéndose de entender así, y no como la disponibilidad de una línea de crédito proveniente por medio de un contrato de apertura de crédito, lo cual permitiría una errónea determinación con respecto a que constituye límite de crédito y que constituye sobregiro, así mismo, produciría una confusión en el cobro de dichos montos.

Expuesto lo anterior merece especial atención la redacción del reglamento 35867-MEIC en donde no se evidencia un concepto acerca del “sobregiro” en tarjeta de crédito, lo cual permite una variedad de interpretaciones como se dejó en evidencia con los criterios de los expertos, siendo que dentro de dicho reglamento el término “límite de crédito” significa “monto máximo que el emisor se compromete a prestar al tarjetahabiente de crédito mediante las condiciones estipuladas en el contrato”. De igual manera el “sobregiro” no se puede entender como una mera ampliación del límite de crédito, ya que, siguiendo esta línea de pensamiento, dichas ampliaciones deben de ser comunicadas en el estado de cuenta al tarjetahabiente, y al fiador por el medio señalado por éste, ya que modifican las condiciones contractuales originarias, además de repercutir en su límite de responsabilidad, así mismo, deben ser consentidas por el fiador para que puedan ser reprochables hacia éste, sin embargo, el sobregiro en la tarjeta de crédito es un monto indefinido, que si bien sobrepasa el límite de crédito y se deja estipulado en el contrato de adhesión la posibilidad de existencia, no se conoce de antemano su monto, por lo que no se puede obligar al fiador garantizar un monto futuro e incierto, además que sobrepasa la obligación principal constituida por el “límite de crédito”

Cabe reiterar que el “sobregiro bancario” que viene estipulado normativamente en el artículo 632 bis Comercial, que teóricamente se compone de la línea de crédito habilitada al tarjetahabiente para que realice giros a la cuenta voluntariamente cada vez que lo necesite, mismo que es llamado en Costa Rica “sobregiro documentado” por la SUGEF en su oficio AG-1018-83, por lo que dicha clase de “sobregiro bancario” media siempre que hay una apertura de crédito como lo es en el caso de la tarjeta de crédito, sin embargo, dicha corriente fue controversia en nuestro país, puesto que la Contraloría General de la República en su oficio 13629 DFOE-EC-0698 del 2013 menciona que:

Jurídicamente ese es el medio para lograr la disponibilidad de fondos en la cuenta corriente y si existe disponibilidad de dinero, aunque no sea por la vía del depósito no habría “sobregiro”, término que debería limitarse en los casos en que se giran sumas cuando no hay provisiones suficientes de fondos.

Por lo que, expuestos los anteriores criterios aunado a la información recabada en el marco de referencia, a opinión de quien redacta el “sobregiro en la tarjeta de crédito” debe entenderse como aquella suma que excede el límite de crédito pactado en el contrato de apertura de crédito, y que sea cual sea el monto de “sobregiro” supera el monto pactado como “límite de crédito” sin importar que de todas maneras en el contrato de adhesión figure la posibilidad de existencia de un sobregiro no se puede obligar al fiador a un monto indeterminado al momento de la contratación a pesar de que configure una responsabilidad solidaria, y no porque se trate de esquivar la responsabilidad del garante, sino, al contrario, por encontrarse los derechos del consumidor protegidos constitucionalmente, merece especial protección la relación de consumo por lo que, el fiador debe tener total conocimiento de las sumas que esta aceptando garantizar, no debiéndosele violentar sus derechos y ni omitir la normativa relacionada a la fianza mercantil.

Por lo que debe entenderse sobregiro no como la provisión de fondos a la cuenta corriente aunque se haya contratado una línea de crédito, sino, como esa suma que excede del monto pactado en el contrato de tarjeta de crédito llamado “límite de crédito”, como consecuencia, difiere con el criterio del “experto A” ya que no puede suponerse que los montos por “sobregiro” son ampliaciones aleatorias al límite de crédito, ya que en el contrato de apertura de crédito se pacta un monto llamado “límite de crédito” y no cabría por principios contractuales que esas ampliaciones

aleatorias alcancen a la responsabilidad de un fiador que no conoce de previo las condiciones antes de tomar la decisión de consumo o las mismas condiciones induzcan a error por poco claras.

Segunda unidad de Análisis: La fianza como Instrumentos de Garantía accesorios dentro del contrato de tarjeta de crédito

Entendemos como tarjeta de crédito el plástico que permite identificar al consumidor como cliente de una entidad que está afiliada a comercios para que sus clientes puedan hacer uso de la tarjeta en dichos comercios, sin embargo, para que esto suceda hemos detallado que existe una serie de relaciones contractuales que como consecuencia permite la funcionalidad del sistema de tarjeta de crédito, no obstante, dentro de dichas relaciones contractuales se extraña la existencia de medios para obligar a las partes intervinientes a cumplir con sus obligaciones estipuladas en el contrato de apertura de crédito.

Es por esto que se fueron desarrollando instrumentos de garantías personales como la letra de cambio, el pagaré o la fianza con el fin de que el acreedor recupere el dinero que ha pagado en favor de sus usuarios, dichos instrumentos de garantías se incorporaron como accesorios a la hora de constituir un contrato de tarjeta de crédito, el tipo de garantía va a depender del estudio previo que hace el ente emisor de la tarjeta sobre el consumidor, entre los aspectos que estudia se encuentra el estudio de salario, estudio de bienes, historial crediticio, todos estos elementos van a determinar la capacidad de solvencia del consumidor porque a consecuencia de esto es que posiblemente se le solicite una garantía accesorio.

De lo anterior se desprende que si el usuario de la tarjeta de crédito no honra sus obligaciones la garantía accesorio presentada deberá hacerle frente y responder por una deuda ajena, ya que de alguna forma el acreditante debe tener seguridad en recuperar los saldos no cancelados por el deudor.

Es importante conocer qué se entiende por instrumentos de garantía por lo que citando a Álvarez (1981):

Las garantías son el respaldo que le da seguridad a la entidad bancaria o ente financiero para que tenga certeza de que, ante un eventual estado de mora o cesación de pago del deudor, tiene la posibilidad de recobrar su crédito por la garantía que le ha sido otorgada. (p.148)

A) La fianza como instrumento de garantía accesorio:

La fianza es un instrumento de garantía que puede solicitar el emisor de la tarjeta en el momento de contratar la apertura de crédito, debido a que dicha relación contractual no consta de medios propios para obligar a las partes a cumplir sus obligaciones, la fianza se puede conceptualizar como el contrato por medio del cual una persona llamada fiador garantiza con su propio patrimonio una deuda ajena comprometiéndose a satisfacerla en caso de que el deudor no lo hiciera.

El contrato de fianza se da entre el acreedor y el fiador, y solamente es necesario la aceptación del acreedor, ya que es éste quien corre un riesgo en la recuperación de sus créditos, por su parte, no es necesario el consentimiento del deudor, sin embargo, no encontraría propósito de existencia la fianza sin la obligación principal, ya que al ser el deudor el principal interesado en la fianza por el objeto de la misma siendo que asegura al acreedor el pago de la obligación contraída por él.

Podemos definirla como:

Aquel por virtud del cual una de las partes llamada fiador se obliga ante la otra llamada acreedor, al cumplimiento de una prestación determinada, para el caso de que un tercero, deudor de este último, no cumpla con su obligación.

Con respecto a la existencia del fiador dentro del contrato de tarjeta de crédito, se les preguntó sobre qué documentos consideraban debían de entregárseles al fiador a la hora de garantizar un contrato de tarjeta de crédito a lo que el Licenciado Andrés Sanabria “experto A” (2019, comunicación personal) contestó:

Los contratos deberán ser firmados por el representante legal del emisor o de la persona previamente autorizada para tal fin, así como por el tarjetahabiente y por el eventual fiador personal de éste. Para el caso de las modificaciones al contrato que afecten de forma significativa la situación patrimonial del fiador, tales como: tasa de interés, límite de crédito y plazo de vigencia del contrato, deberán ser notificadas a éste a efectos de que el fiador pueda manifestarse sobre su continuidad en esa condición. Los plazos para dicha comunicación, así como para oponerse, serán los mismos que aplican al tarjetahabiente.

Así mismo, ante la misma cuestionante la Licenciada Kattia Chaves “experto B” (2019, comunicación personal) contestó:

Puede no dársele el contrato, ya que ese documento debe de dársele al tarjetahabiente, pero sí debería de generársele un documento informativo que diga por cuanto se esta obligando, porque lo están poniendo a firmar un documento para obligarse, es una relación de tarjeta de crédito donde el consumidor o tarjetahabiente se está obligando a un monto límite de crédito, a menos de que el contrato incluye el monto límite de sobregiro que va a depender de redacción del emisor de la tarjeta.

De igual forma, con relación a la primera interrogante al respecto de necesidad de entregar copia del contrato de tarjeta de crédito al fiador el “experto A” (2019, comunicación personal) respondió:

La norma no dispone que este tema específicamente como usted lo indica sea requisito de validez o eficacia. Sin embargo, si existe la obligación del comerciante de informar al consumidor, consecuentemente al fiador. En las áreas de servicio al cliente y en la página web, los emisores deberán mantener publicados los modelos de contratos vigentes y los folletos informativos a fin de que los tarjetahabientes puedan informarse sobre el contenido de estos.

De lo anterior se desprende que en la práctica la norma que estipula sobre las obligaciones del comerciante y su deber de informar suficientemente al consumidor de manera clara y veraz acerca de los elementos que incidan en forma directa sobre su decisión de consumo, no es respetada

en una totalidad, ya que haciendo un estudio de la información obtenida de dichos expertos junto con la normativa relevante al respecto, se concluye en que, a pesar de existir dicho deber por parte del consumidor, no se tiene claro qué documentos se deben de entregar como mínimo para asegurar se cumpla el derecho de información tanto del fiador como consumidor, lo cual por una generalización de la norma en el artículo 3 del reglamento 35867-MEIC que indica debe de entregarse un folleto o resumen de condiciones explicativo al consumidor, del cual por cotejeo de información de expertos no incluye el contrato en el que consta la firma del garante, lo cual permite una desagregación de la información, quedando evidenciado con la respuesta del “experto A”, en donde indica que en las páginas web los emisores deben mantener publicados los modelos de contratos vigentes y los folletos informativos a fin de que los tarjetahabientes puedan informarse sobre el contenido de los mismo, sin embargo, de una manera general y no específicamente bajo las condiciones que cada parte pactó.

De igual manera, ante la interrogativa ante cuales escenarios debe existir fianza y sobre su carácter accesorio en un contrato de tarjeta de crédito el “experto A” (2019, comunicación personal) hace referencia:

La norma no hace distinción en este sentido, solo contempla la posibilidad de incluirlo o no. Es un tema de las partes contratantes. Por su parte, es accesorio. Inclusive, la no aceptación por parte del fiador a las modificaciones del contrato dentro del plazo estipulado liberará a éste de sus obligaciones respecto de esta modificación.

“experto B” (2019, comunicación personal):

Ya no es muy frecuente son pocas las entidades financieras que suelen pedir fianza, se utiliza más el pagaré en el mercado, porque se analiza el contenido del texto del pagaré que no sea automático. Por su parte, de existir sería de forma accesorio, ya que en tesis de principio el que esta obligado es el tarjetahabiente que se supone que tiene ingresos para pagar, en este punto de vista el banco tendría garantizado un primer pago, lo accesorio entra a funcionar únicamente cuando lo primero no funcionó.

De esta manera, es de consideración la necesidad de reforzar esas prácticas informativas hacia el garante, que en principio es accesorio, pero que dentro de la tarjeta de crédito funge como responsable solidario, siendo que merece crítica el acto de contratación, ya que según la normativa debe de brindarse toda la información con anexos y demás, necesarios para tomar la decisión de consumo, sin tener el consumidor que ir a diferentes sitios en busca de la información, porque esa información desagregada constituiría una falta de información clara y veraz.

B) Límite de responsabilidad:

La fianza como vimos es un “contrato accesorio por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor la misma prestación o una equivalente o inferior en igual o distinta especie, si este no lo hace” (Rojina, 1980, citado por Arias et al. 1997, p.99).

Teniendo por conocido el objetivo de la fianza; que es la garantía del débito ajeno, y respetando el artículo 510 Comercial en donde el fiador por cualquiera que sea su monto dado en fianza no podrá exceder la obligación principal, cabe detallar el límite de responsabilidad de la figura de la fianza.

Si bien el artículo 509 del Código de rito, menciona que la fianza es mercantil cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de un acto o contrato de comercio, al ser así, siempre será considerada como solidaria, por lo que ante este supuesto se le preguntó a los expertos “A” y “B” cual es el límite de la solidaridad de la fianza dentro del contrato de tarjeta de crédito, a lo que contestaron:

“experto A” (2019, comunicación personal):

El límite lo constituye lo pactado. Las modificaciones a lo pactado están sujetas a aceptación. La no aceptación por parte del fiador a las modificaciones del contrato dentro del plazo estipulado liberará a éste de sus obligaciones respecto de esta modificación.

“experto B” (2019, comunicación personal):

Se puede entender que la fianza es solidaria, pero es un punto discutible el tema de la manifestación de la voluntad de quien suscribe la fianza, porque suscribe la fianza bajo unas condiciones que en el futuro pueden variar, esas condiciones esenciales de la contratación que varíen en el futuro deberían de ser consultadas, porque adicionalmente eso tiene un efecto rebote en el riesgo de la entidad emisora de la tarjeta, porque ese riesgo que inicialmente lo tenía en nivel 1 poco probable, puede subir a nivel 4 muy probable.

En el mismo sentido, se le preguntó la misma cuestión al Doctor Sergio Artavia (en adelante “experto C”) ¿Cuál considera es el límite de la responsabilidad solidaria del fiador?, a lo que contestó “es el monto por el que se obligó en el contrato original” (2019, comunicación personal).

Por su parte, haciendo hincapié en el artículo 510 del Código de Comercio, ante la eventual del fiador obligarse por más que el deudor, el “experto B” (2019, comunicación personal) contestó:

En el contexto de que haya una variación de las condiciones esenciales de la contratación pues en tesis de principio no debe variarse, ahora desde la perspectiva de este departamento del MEIC se hace un llamado a los consumidores a que entiendan cómo funciona la fianza, a que entiendan que se están obligando a pagar una deuda en caso de que el titular no lo haga y que va a producir una implicación en su presupuesto, va muy ligado a la educación financiera, adicionalmente el derecho de consumo y los derechos del consumidor son constitucionalmente garantizados en el artículo 46 y desde ese punto de vista son irrenunciables y cualquier información que sea oscura, poco clara, no veraz e induzca al consumidor a engaño debe ser interpretado a favor del consumidor, en este contexto de protección de los derechos del consumidor cualquier cosa que no esté bien se tomaría por no opuesta y favorece los derechos del consumidor, quien tiene que cuidarse de informar de manera adecuada es la entidad financiera o comercio, además del fiador de conocer sus derechos para poder hacer uso de estos ante un proceso monitorio. Además, desde el punto de vista que el fiador no puede pagar un patrocinio letrado, lo único que le queda es asumir la obligación a pesar de que haya un defecto en todo el proceso en donde este ni siquiera conoce y que adicionalmente de alguna forma le perjudica.

Al respecto el “experto C” (2019, comunicación personal):

No podría obligarse si no consintió expresamente la modificación, menos si se encuentra desinformado, mucho menos ejecutarse el extra-financiamiento, porque aparte la tarjeta tiene varios productos o beneficios, como el sobregiro.

De los criterios anterior expuestos, merece hacer enfatización en el principio de validez de la fianza, el cual menciona que debe ser expresa y no se puede presumir, a pesar de que viene regulado en el Código Civil en el artículo 1304, es un principio contractual, que es aplicable a la fianza mercantil expuesto de igual forma en el artículo 510 del Código de Comercio que cita “la fianza se ha de contraer necesariamente por escrito” supuesto que descarta la posibilidad de presumir su existencia si no consta por escrito, aspecto que ante el cobro judicial de sobregiros se echa de menos.

Tercera unidad de Análisis: Proceso monitorio Dinerario

El proceso monitorio dinerario como hoy en día se conoce, sufrió una serie de cambios durante su evolución, siendo que ahora lo conocemos como el proceso expedito por medio del cual se cobran deudas basadas en documentos públicos o privados, teniendo en cuenta que uno de los requisitos para acudir a esta vía es que dicho documento contenga una obligación dineraria, líquida y exigible, según el artículo 110 del Código Procesal Civil Actual.

Sin embargo, entre las huellas que llevaron a este avance encontramos que en un principio los procesos donde el ente emisor de una tarjeta de crédito cobraba los saldos de tarjetas de crédito eran interpuestos en la vía civil o la contencioso administrativa, empero, en ese entonces la mayoría de fallos eran en favor de los acreditantes hasta que llegaba a una segunda instancia donde se fallaba en su contra, por lo que esa desigualdad de fallos llevó a la creación de instrumentos de garantías que aseguraran a los entes emisores la recuperación de esos créditos, siendo que el contrato de

tarjeta de crédito carecía de medios para obligar su cumplimiento hacían firmar documentos accesorios para poder recurrir a una vía más expedita.

Por lo que así surgió el proceso sumario ejecutivo, en donde el documento firmado por el deudor constituía título ejecutivo lo cual permitía al acreedor acudir a dicho proceso por bastarse a sí mismo este documento, dichos títulos ejecutivos en un inicio se encontraron en el artículo 428 del Código Procesal Civil, posteriormente la Ley de Cobro Judicial lo derogó con su artículo 2.2, hasta hoy en día que los encontramos en el artículo 111.2 del Código Procesal Civil actual.

Como título ejecutivo se puede entender “aquellos que consten la existencia de una obligación dineraria líquida y exigible” además de “toda clase de documentos que, por leyes especiales, tengan fuerza ejecutiva”.

Existiendo los títulos ejecutivos era mucho más fácil para las entidades acreditantes recuperar sus créditos, sin embargo, esto congestionó los Juzgados Civiles, por lo que posteriormente se ideó la creación de un proceso especial para el cobro, mismo que hoy en día se denomina “monitorio dinerario” de la mano con esta evolución se da el surgimiento de la certificación de CPA como título ejecutivo como veremos en la siguiente categoría de análisis.

A) Certificación de CPA como título ejecutivo en el proceso monitorio dinerario:

La certificación es el documento escrito por medio del cual el CPA como depositario de fe pública la ejerce agregándole credibilidad a un asunto que es responsabilidad de un tercero quien lo contrata para estos efectos. El trabajo del CPA debe consistir en dar fe de los documentos que el cliente le presente con el fin de que certifique los saldos de la línea de crédito son fieles a los contratos y demás documentos que utilice el cliente para llevar registros.

En el mismo sentido el Reglamento del Colegio de Contadores Públicos lo define así: “Significa que se da fe de lo que se certifica en los términos y con el alcance que en el documento se indica”.

Teniendo claro que es la certificación de CPA, cabe resaltar que surgió a la vida jurídica para el cobro de saldos de líneas de crédito por el uso de tarjetas de crédito con la adición del segundo párrafo del artículo 611 del Código de Comercio, dándole así carácter de título ejecutivo y permitiendo acudir a la vía monitorio dinerario para su ejecución.

El surgimiento de esta posibilidad se da como consecuencia de las dificultades que tenían las entidades emisoras de recuperar sus inversiones en la vía judicial, ya que para el entonces de la creación de la certificación para el cobro de saldos de líneas de crédito para el uso de tarjetas de crédito se había reiterado el criterio de nuestros Tribunales de Justicia donde la letra de cambio y el pagaré no eran adecuados para el cobro de saldos de líneas de crédito puesto que perdían ejecutividad al no representar el saldo real de la línea de crédito, sino, simplemente se limitaba a contener todo el límite de crédito contratado, siendo que así se tuvo que idear un nuevo instrumento que permitiera ejecutar el cobro judicial de esos saldos no recuperados.

Sin embargo, esta creación se dio en un abrir y cerrar de ojos en respuesta a la constante evolución en los métodos de pago, lo cual no permitió que el legislador desarrollara los elementos y requisitos de creación, por lo que es así como la Jurisprudencia desarrolló durante la marcha una serie de requisitos mínimos y el Colegio de Contadores Públicos emitió un criterio técnico mediante una guía mínima de elaboración para sus agremiados.

Delimitado lo anterior, se procedió a entrevistar al Licenciado Alfredo Mata (En adelante “experto D”) y se le preguntó acerca de la facultad del CPA para incluir a un fiador de tarjeta de crédito dentro de la certificación, a lo que contestó (2019, comunicación personal):

Si se encuentra facultado para incluirlo como fiador, siempre los datos consten en el contrato y que el CPA pueda verificar la veracidad de esas firmas, y de esas personas o entidad como fiadora.

De igual forma, ante la interrogante acerca del deber del CPA de describir dentro de la certificación los documentos tuvo a la vista para realizar la certificación, el experto nos indica (2019, comunicación personal):

Si es un requisito que el CPA describa además de los procedimientos que hizo, también que describa que documentación tuvo: contratos, facturas, recibos de pago, notificaciones, estados de cuenta, fechas de último pago, tasa de interés vigente, de mora, toda la documentación que el tenga a la vista tiene que describirla en su certificación, de hecho es un párrafo de la guía mínima, son lineamiento mínimos, es decir, menos que eso no debería hacerse, más que eso dependiendo de la complejidad puedes complementar con otra evidencia, pero menos que eso no, y dice el lineamiento mínimo que debería de describir los que tuvo a la vista.

De igual manera considero que es indispensable tener los estados de cuenta, porque ahí se obtiene la base para determinar el saldo adeudo a tal fecha, en los estados de cuenta también se puede cotejar, pero los estados de cuenta por sí solos no son evidencia, son evidencia siempre y cuando se complementen con otra documentación como el contrato, si por ejemplo se da un estado de cuenta una tasa de interés corriente y moratoria de 25% el CPA no tiene certeza de que eso sea, se debe complementar con el contrato, debe complementar el límite de crédito que dice el estado de cuenta con el límite de crédito que se estableció en el contrato, y si en la actualidad es diferente se tiene que ver aquel estado de cuenta en que se notificó el aumento de ese límite de crédito, entonces es un trabajo que hay que complementarlo con una serie de evidencia para que el conjunto de elementos obtengan la validez necesaria, por sí solo el estado de cuenta no va a dar evidencia, siempre que se complemente, documentos indispensables para hacer ejecutable a un fiador: estado de cuenta, el contrato de lo más importante porque consta que esa persona se comprometió y la comparación o el cotejo que haga el CPA de las condiciones que se establecieron en el contrato versus las condiciones que se están ejecutando en la realidad y que se hayan notificado todas las variaciones.

Posteriormente, a criterio del “experto D” ante la cuestionable de si es indispensable que el CPA tenga a la vista el contrato de tarjeta de crédito para realizar la certificación, además de las notificaciones por medio de estados de cuenta sobre modificación del límite de crédito o si son

suficientes los registros y movimientos crediticios del banco, procedió a enfatizar (2019, comunicación personal):

Volvemos a lo mismo, todo es complementario porque el CPA en materia de certificaciones y de auditoría decimos que la información financiera tiene que tener algunas características, para que el CPA pueda emitir una conclusión sobre eso, se dice que la información tiene que ser íntegra, es decir tiene que ser un todo, además de existir la información, debe de ser exacta, debe estar adecuadamente presentada, entre otras. La base de datos del banco puede decir o dar cuenta de una serie de transacciones que suman determinado monto, sin embargo, el CPA puede ver que sumando esos montos en la base de datos y sumando esos montos del contrato, que deben ser matemáticamente exactos, pero con solo esa base de datos el CPA no puede satisfacerse aunque el banco ponga el nombre del supuesto deudor porque no tiene un fundamento de qué movimiento es, eso da idea de que es exacto, pero las obligaciones sobre esa deuda se ven en un estado de cuenta y un contrato, que la deuda exista al día de hoy eso se ve por medio de los movimientos que hasta la fecha de la certificación han dado pie al saldo que se va a certificar, porque puede ser que a una fecha la deuda existía pero posteriormente lo pagaron y a la fecha de emisión de la certificación ya la deuda no existe, es indispensable que el CPA tenga todo esto a la vista, y en mi opinión debería de conservar esos documentos para referencia o respaldo, por un eventual proceso que tenga que defenderse ante la fiscalía o un tribunal, es importante que conserve eso, además de que el CPA tiene que advertir en su informe como una obligación cualquier situación que el haya identificado que de lugar a una desigualdad o incongruencia.

El CPA sí verifica que el monto de sobregiro sea el que venga en el contrato o esté en ese rango, si existe una diferencia ya podría el CPA advertir en su certificación que existe una posible desviación del objeto del contrato, en ese caso es importante indicar que es obligación del CPA ponerlo en la certificación si hay una variación de los montos de estados de cuenta con el contrato de tarjeta de crédito, porque eso es lo que el CPA esta viendo, que sea un tema de que el banco tenga un descontrol o que haya informado o no, o que el banco por descontrol se le fue un monto de más es un tema aparte, pero que el CPA tiene que advertir en su certificación que identificó tal cosa, que había un sobregiro autorizado de un

monto en el contrato pero que en la evidencia que el vio determinó que el sobregiro real era de más, no quiere decir que el CPA puede ocultar la realidad pero tiene que advertir a un tercero que hay una desigualdad para que el juez de cobro o usuario se pueda defender y pueda tomarlo en su razonamiento o juicio. Es responsable esta persona por ese monto adicionales o no, esa especie de juicio el CPA tiene que hacerlo.

En razón del criterio del “experto D” comparto la idea base sobre el tipo de juicio que debe hacer el CPA acerca de la posibilidad de una persona de ser responsable u obligado a razón de esos montos que va a incorporar en su certificación, ya que al ser uno de los pocos profesionales que cuentan con fe pública, debe de hacerse un estudio más allá de lo que el ve, ya que si bien es un trabajo de atestiguamiento, es decir solamente acredita documentos que tiene a la vista, el CPA esta emitiendo un documento con fe pública como lo es la certificación; por ende, todo lo que este documento incorpore se va a tener por cierto, siendo a tal grado que se puede hacer llamar como responsable a un fiador por el simple hecho de constar en dicha certificación, por montos que el CPA no tiene capacidad de conocer su fundamento jurídico, sin bien es cierto, el CPA emite un criterio técnico no jurídico, la finalidad de la emisión de esta certificación es para ejercerla ante el cobro judicial, por lo que a opinión de quien redacta es de suma importancia verificar dichas advertencias que pueden estar incluidas en las certificaciones, ya que a pesar de constar de carácter ejecutivo y de valerse por sí mismo, fue creado unilateralmente y debería de ser objeto de conocimiento por parte del juez la incorporación de una advertencia dentro de la certificación, máxime que se trata de una relación de consumo la cual entiende que existe una desigualdad en las partes, por lo que el derecho al consumidor protegido constitucionalmente debe ser objeto de análisis en un proceso de cobro judicial.

Así mismo, expresa el “experto D” que “es indispensable tener a la vista el contrato de tarjeta de crédito”, por lo que, de existir una variación o ampliación al límite de crédito, siempre va a tener la certificación, en base a la opinión del criterio del experto, una advertencia debido a que el contrato original nunca va a coincidir con los estados de cuenta.

De esta manera, surge la duda sobre la responsabilidad del CPA en caso de no tener a la vista el contrato de tarjeta de crédito, a lo que el “experto D” contestó (2019, comunicación personal):

En el caso de incumplimiento de una norma técnica y por ende el incumplimiento del código de ética del contador público, que dice que todo trabajo debe hacerse apegado a las normas que rigen la profesión artículo 26 del Código de Etica, por lo que cuando existen este tipo de incumplimientos a una norma, una guía o el código de etica con el deber de diligencia del trabajo, porque resulta que en la fiscalización que se le hace al CPA se vio que no tenía la evidencia o las bases suficientes para concluir con tal grado de seguridad tan cercano al 100% de que esa era la deuda, que ese era el fiador y que ese era el sobregiro permitido, eso podría eventualmente acarrear al CPA una sanción administrativa que es la que se impone en el Colegio, la Fiscalía no es la que impone la sanción, es la que hace la investigación preliminar, dice si hay merito o no para aperturar el proceso administrativo, si la fiscalia identifica meritos traslada la recomendación de abrir un proceso administrativo a la Junta Directiva, esta última es el medio por el que se le dice a otro Órgano llamado Tribunal de Honor: analice dicho caso que ha identificado la fiscalía que tiene mérito para una sanción, el Tribunal de Honor por medio de audiencia orales y privados, por medio de la revisión del informe de la fiscalía, aportación de nueva prueba del denunciado CPA, (hay unas personas que aportan a la fiscalía una parte de prueba o nada, y prefieren esperar que llegue el caso al Tribunal de Honor a audiencia), El Tribunal de Honor si no tiene nueva evidencia que le cambie el parecer se alinea a lo que la fiscalía ha determinado que son investigaciones muy exhaustivas y el Tribunal de Honor recomienda a la Junta Directiva, analizamos tales hechos creemos por ende al artículo 75, 76 del Código de Ética que la sanción que se le debe imponer a el colegiado es grave, muy grave o inhabilitación tres tipos de sanciones que existen, y la Junta Directiva será la que analice esa recomendación del Tribunal de Honor e imponga la sanción, puede pasar que el Tribunal de Honor diga que por la falta de debida diligencia o incumplimiento de tal normativa es una falta grave, pero resulta que las faltas graves en este colegio se sanciona con 1-3 años de suspensión de ejercicio profesional, la Junta Directiva decide si es 1,2 o 3 dentro de ese rango. Es la Junta Directiva la que al final sanciona.

Mostrado el criterio anterior, considero que las consecuencias que acarrearán la función otorgada al CPA en el segundo párrafo del artículo 611, son de mucha responsabilidad ya que a pesar de que son sanciones administrativas, podrían llevarse hasta un punto de falsedad ideológica en la vía penal, sin embargo, no es objeto de estudio en esta investigación pero parece importante mencionar, por lo que cabe destacar que el CPA en una sana práctica debe elaborar un conjunto de evidencia que le permita fundamentar cada dato incorporado en la certificación, así mismo, dejarse referencia de todos los documentos que utilizó para llegar a dichas conclusiones, añadiendo además, los procedimientos que llevó a cabo al recabar la información incorporada, siendo que todo esto permita al Juez estudiar la ejecutividad del título.

B) Proceso de cobro y la Carga de la prueba:

Como detallé anteriormente, el proceso monitorio dinerario es el proceso de cobro que permite al emisor de tarjetas de crédito acudir a una vía más expedita para recuperar lo dado en crédito mediante el instrumento de la certificación de CPA como título ejecutivo, así las cosas, este proceso cuenta con etapas como cualquier otro proceso judicial, sin embargo, alineado con el objeto de investigación vemos que a la hora del CPA haber confeccionado la certificación y del emisor ejecutar su cobro mediante la vía judicial, dicha certificación contiene información que como se dejó claro en la categoría anterior el CPA debe de verificar, sin embargo, al ser el CPA humano puede incurrir en omisión o exceso de información, por lo que dentro del proceso le corresponde a la defensa del demandado (deudor o fiador) hacer ver dichos errores.

Debido a lo anterior es que se desprende la necesidad de abordar sobre el tema de prueba efectiva ya que, si bien la certificación es un documento público, puede procederse intentar a desvirtuar el título, con prueba de igual o superior naturaleza como lo es la pericial.

Al Respecto el Tribunal Primero Civil de San José se ha manifestado mencionando:

Esa documentación es importante para cuestionar los datos certificados, pues es indudable que la fe pública del contador no equivale a una verdad absoluta. Al provenir de un ser

humano, por naturaleza se puede equivocar al apreciar o consignar los montos. Admitir el agravio de la demandante, en ese sentido, sería dejar indefenso a los deudores de tarjetas de crédito porque se le impide cuestionar lo certificado. Por ese motivo, a criterio de la mayoría del Tribunal, los estados de cuenta y vouchers aportados por el demandado constituyen prueba idónea para tratar de desvirtuar la certificación.

Es por lo anterior, que se le procedió a preguntar al “experto D” acerca de las posibilidades de defensa de un fiador dentro del proceso mientras existe una variación o modificación en el límite de crédito, a lo que procedió a contestar (2019, comunicación personal):

Debe ofrecerse prueba pericial, un perito de la Corte o privado que ahora se puede, que exija a la emisora de tarjetas de crédito la presentación de todos los vouchers, de todos los pagos, compras para determinar si efectivamente el saldo corresponde a ese monto y ver si efectivamente ese monto en exceso es un sobregiro que no esté autorizado, ahí depende mucho de la prueba documental, prueba pericial donde se haga un estudio completo, pero es totalmente posible fabricar la prueba.

Si pierde el proceso monitorio se va a un ordinario, presenta un proceso de conocimiento para demostrar que le cobraron más de la cuenta, no para anular el monitorio sino para revertir lo pagado y le devuelvan el dinero cobrado de más.

La defensa debe hacerse con prueba pericial, pero también prueba documental porque si tiene el contrato en donde obliga a la emisora a presentar el contrato, ya que ahora existe el deber de exhibición que está muy bien fortalecido en el artículo 45, puede ser prueba documental, declaración de parte, pericial, con eso se puede salvar de esos cobros indebidos.

En el mismo sentido, el “experto D” menciona el deber de exhibición el cual se encuentra en el artículo 45.4 del Código Procesal Civil, el cual textualmente dice:

Se ordenará a las partes la exhibición de documentos, informes, libros o cualquier otra fuente probatoria, si están bajo su dominio o disposición, se refiere al objeto del proceso, sea común o puedan derivarse conclusiones probatorias para quien lo solicita.

Lo cual se relaciona con la redistribución de la carga de la prueba dentro del proceso monitorio, al respecto al “experto D” se le preguntó si podía existir esa distribución de la carga probatoria sin que medie petición de parte, a lo cual hace referencia (2019, comunicación personal):

Si claro, aunque no haya petición de parte, puede el fiador sin ningún problema ofrecer estados de cuenta que no posea y solicitar al juez que ordene al ente emisor de la tarjeta que los aporte al proceso, es uno de los supuestos prácticos en los que se ha aplicado la teoría de la redistribución de la carga de la prueba por la dificultad de acceso a la información, en este caso no solo del deudor, sino con mucha más razón del fiador, que de cara a la emisora de tarjetas incluso si pide estados de cuenta no se los dan por no ser el titular del cuenta.

De lo anterior expuesto, coincido con el “experto D” en torno a las posibilidades que existen para hacer una defensa efectiva a favor del fiador en el supuesto de que enfrente un cobro judicial por sobregiros, ya que, a pesar de que carezca de prueba documental como lo es el contrato o las notificaciones por medio de estados de cuenta, cabe la posibilidad de que solicite al juez que la entidad crediticia exhiba dichos documentos basados en el artículo 45.4 Código Procesal Civil, sin embargo, a criterio de quien redacta es de especial consideración el aporte del “experto D” en razón a la intervención del Juez en esa redistribución de la carga de la prueba ya que sin bien se encuentra facultado en el artículo 41.3 “en la audiencia en que se admiten las pruebas, el Tribunal podrá proponer a las partes la incorporación de otras no ofrecidas e incluso ordenarlas de oficio” “Si fuera indispensable y dando razones fundadas se podrán ordenar otras pruebas para comprobar o aclarar hechos relevantes” en un proceso monitorio lo que se dicta es una resolución intimatoria y no de conocimiento, por lo que cabe la duda de si a pesar de no existir la petición de parte sobre esa redistribución probatoria, el Juez de oficio de todas formas la ordene.

Otro aspecto procesal importante, es el tratamiento que se le da al título ejecutivo, ya que si bien jurisprudencialmente se ha desarrollado la práctica de igualarlo a los demás títulos

ejecutivos en el caso de no cumplir con los requisitos jurisprudencialmente requeridos su consecuencia es la no admisibilidad, al respecto cabe recalcar el criterio del Tribunal Primero Civil de San José:

Es evidente que el A-quo no fue diligente en hacer la prevención antes de cursar la demanda, pero también la actora interesada, debió aportar documento que reuniera los requisitos mínimos para no permitir indefensión al demandado. Incluso con la oposición del demandado, tampoco se aportó documento que llenara los vacíos que indicaba esa parte, incluso en esta instancia tampoco se aportan esos datos, sino que se le pide que se le prevenga aportar nuevo documento, lo que no es aceptable.

Sin embargo, al respecto el “experto D” menciona sobre el control del contenido de la certificación y ante el eventual caso de que el título tenga ausencia de alguno de los requisitos jurisprudenciales (2019, comunicación personal):

El Juez si controla, ya que muchas veces hacen prevenciones, porque en muchos casos la certificación como tal es inadmisibile por informal o no cumplen los parámetros jurisprudenciales, en ese escenario el Juez de oficio puede examinar el título porque es uno de los presupuestos el examen del título, que aquí se puede ligar con la figura novedosa de la demanda improponible Artículo 35.5.9 el Juez puede examinar los presupuestos materiales de la pretensión desde el inicio como gran novedad, Si el juez de cobro le presentan una certificación de CPA que no cumplen esos estándares mínimos, no tanto que la guía mínima del colegio de contadores sea obligatoria a nivel judicial, de hecho, no es obligatoria porque no es fuente de derecho, son lineamiento técnicos para sus agremiados, lo que tienen que cumplir son los parámetros dictados por la jurisprudencia donde viene especificaciones de desglose, fecha, si una certificación no cumple con esos elementos podría ser improponible.

En el mismo sentido, la jurisprudencia donde se cita que la certificación no puede ser subsanable por medio de prevenciones porque se le debe tratar como los demás títulos ejecutivos en mi criterio es cerrada, ya que con el nuevo código no se puede aplicar, porque

existen solo dos posibilidades: la improponibilidad y la inadmisibilidad, no existe el rechazo de plano en la demanda, la improponibilidad conduce a un rechazo de plano pero tiene como requisito el supuesto de que el juez tiene que decir en este caso al acreedor cual es el motivo y que le falta a la certificación, falta un detalle o una firma, debe razonarlo y otorgar un plazo de 3 días al actor para que lo corrija, pero no puede rechazarlo de plano como lo hacía antes, ahora si entendemos que es un requisito de admisibilidad incluso debería de dar 5 días para que corrija el título y subsane y en ese supuesto podría presentar una nueva certificación y no la misma, critico duramente la tesis cerrada del Tribunal Primero, sin embargo, posteriormente se fue relativizando y no fue tan estricto, ahora lo que hacen es prevenir la corrección con consecuencia de no hacerlo se da la inadmisibilidad, no rechazo de plano.

Del anterior criterio expuesto por el “experto D” considero como gran innovación el hecho de prevenir a la parte para que subsane un título ejecutivo como la certificación de CPA, sin embargo, todo su fundamento encuentra reparo en el Artículo 35 del Código Procesal Civil ya que al existir cualquiera de los dos escenarios tipificados ya sea demanda defectuosa la cual tiene un plazo de 5 días para corregirse o demanda improponible por los casos tipificados en la ley se debe dar un plazo de 3 días para subsanar, y de no existir la subsanación puede acarrear el rechazo de la demanda, no obstante, haciendo la salvedad que no puede ser de plano. Del mismo modo, concuerdo con la posición del “experto D” ya que en la creación de la certificación de CPA como título ejecutivo no se desarrollaron sus requisitos mínimos de validez, ni mucho menos la consecuencia al no presentar dichos requisitos por lo que al no estar expreso en la ley puede ser susceptible solicitar la subsanación antes de dictar la inadmisibilidad, así mismo difiero con la posición del “experto D” ya que a pesar de que la guía del Colegio de Contadores Públicos constituye un criterio técnico para sus agremiados, encuentra reparo para ser incorporado al ordenamiento jurídico según el artículo 16 y 158.4 de la Ley General de la Administración Pública ya que al ser normas técnicas de sentido unívoco y de aplicación exacta en tales circunstancias del caso, se entienden como incorporadas y que forman parte del ordenamiento para que el juez controle el acto de conformidad con las reglas no jurídicas.

CAPÍTULO V: Conclusiones y Recomendaciones

Este capítulo merece especial atención ya que es donde se puede recopilar toda la información recabada a lo largo de la investigación con el fin de buscar respuestas a los objetivos trazados al inicio, dichas respuestas fueron posibles mediante la recopilación de información a través de la doctrina, jurisprudencia y los expertos que participaron en el presente estudio, todo lo anterior permitió realizar un análisis que llevará a responder las interrogantes contenidas en el planteamiento del problema.

Para Gallardo (2005) las conclusiones son “el conocimiento efectivo logrado con la investigación” (p.206). Es por esto por lo que se procederá a hacer una abstracción de lo más importante con respecto de las metas trazadas, en orden con las unidades de análisis desarrolladas.

Conclusiones

El contrato de Tarjeta de Crédito y el Instituto del Sobregiro

Dentro de esta sección y con fundamento en las diferentes fuentes consultadas podemos concluir con que el término “sobregiro” no es un concepto que se encuentre bien definido dentro de nuestro ordenamiento jurídico, ya que después de analizada la información todos tienen un alcance diferente para el término, no obstante, se encuentra un concepto en el artículo 632 bis del Código de Comercio, dicho artículo permite una interpretación diversa a la que es entendida en la práctica, debido a que el concepto que enmarca el artículo 632 bis del Código de Comercio, permite entender como sobregiro cualquier crédito otorgado a un cliente ya sea por medio de un préstamo ordinario o por medio de una tarjeta de crédito, es decir, la simple puesta a disposición de una línea de crédito para que el cliente haga uso en su cuenta por un monto mayor a sus haberes cabría de ser entendida como sobregiro según la definición que nos menciona el Código Comercial.

Todo esto ha sido tema de discusión en el ámbito comercial y bancario, ya que si bien la SUGEF llamó el sobregiro como apertura de crédito “sobregiro documentado” definiéndolo como una línea de crédito que es otorgada al titular de la cuenta y él puede, dentro del monto de la misma sobregirar la cuenta voluntariamente cada vez que lo necesite o lo estime necesario, cabe resaltar que con dicho concepto el sobregiro va a existir siempre que medie un contrato de apertura de

crédito, haciendo referencia que éste último contrato es el que se da entre el cliente y la entidad emisora de la tarjeta de crédito.

Empero, la Contraloría General de la República haciendo énfasis en que teóricamente en nuestro ordenamiento toda cuenta corriente fondeada por un crédito concedido por una entidad crediticia constituiría sobregiro, hizo la salvedad, mencionando que no debería hablarse de sobregiro cuando un banco previamente otorga un crédito al cuentacorrentista, pues jurídicamente ese es un medio para lograr la disponibilidad de fondos de la cuenta, por lo que sobregiro “debería de entenderse a los casos en que se giran sumas cuando no hay provisión de fondos suficiente”.

Último concepto que es entendido y aplicado en la práctica bancaria, sin embargo, cabe destacar que contraponiendo la información recabada de expertos aún hay deficiencias en el conocimiento del término sobregiro, puesto que algunos asimilan el contrato de apertura de crédito con el sobregiro, según lo expuesto anteriormente, es comprensible que existan personas que nieguen la existencia del sobregiro, ya que basan su criterio en que no se debe presumir la existencia de una cuenta corriente cuando existe una tarjeta de crédito ya que en la tarjeta de crédito no existe un saldo por lo que no cabe la figura del sobregiro, sin embargo, por haberse detallado minuciosamente la tarjeta de crédito en esta investigación, podemos concluir que la apertura de crédito es un contrato base del que pueden derivarse una cantidad de modalidades de crédito como lo es la tarjeta de crédito siendo que se desarrolla dentro de una cuenta corriente, es decir, que utiliza la plataforma creada por la cuenta corriente como medio para desarrollar un contrato base como lo es la apertura de crédito para el uso de una tarjeta de crédito, y que permite el sobregiro término que supera la provisión de fondos en la cuenta puesta a disposición por parte del ente emisor.

Sobra decir, que este contrato de apertura de crédito se constituye por un límite de crédito, el cual constituye el monto máximo por el cual la entidad financiera se compromete a prestar al tarjetahabiente crediticio mediante las condiciones estipuladas en el contrato, sin embargo, se dejó en evidencia que los contratos de tarjetas de crédito no poseen un monto definido para el sobregiro porque es impreciso dependiendo del uso que se le de por parte del tarjetahabiente, sin embargo, las sumas indeterminadas que se salgan del límite de crédito denominadas como “sobregiro” dejan en indefensión al garante solidario con respecto a su responsabilidad.

Es por lo anterior, que considero que la práctica bancaria en donde se obliga al fiador a responder por sobregiros de montos que no vienen definidos dentro del contrato de tarjeta de crédito como violatoria al principio protegido constitucionalmente por el artículo 46 siendo que el consumidor, entiéndase como este al fiador, tiene derecho a la protección de sus intereses económicos y además de recibir información adecuada y veraz, a pesar de ser una contratación privada y de que exista consentimiento por parte del fiador, la relación es de consumo por lo que se entiende al consumidor como la parte más débil por lo que el Estado debe velar por su protección y debe el fiador tener conocimiento de toda la información relacionada a su responsabilidad de antemano, como lo es el conocimiento del límite de crédito y del monto de sobregiro, no solamente imponérsele a responder ante un eventual sobregiro ya que esto supondría una violación al deber de información del fiador.

Contrato de fianza y su límite de responsabilidad

En relación a este objetivo, después de la información recaba de expertos, de la doctrina y jurisprudencia, fue posible llegar a concluir que la fianza es un contrato accesorio dentro de la relación contractual de tarjeta de crédito, ya que si bien se constituyó para asegurar el cumplimiento de una deuda ajena, a causa de que no existe dentro del sistema contractual de la tarjeta de crédito un medio para obligar a las partes a cumplir sus obligaciones es que se desarrolló la fianza como un instrumento de garantía accesorio. A pesar de esto, es sabido que el contrato de fianza es un contrato que involucra solamente al acreedor y al fiador, por lo que como requisito para su existencia lo único que se necesita es la aceptación del acreedor, a parte de que conste por escrito según lo indica el artículo 510 mercantil.

Es por lo anterior, que se llega a la determinación que el carácter de la fianza utilizada como instrumento de garantía accesorio es mercantil, según lo estipula el artículo 509 comercial “para que la fianza se considere mercantil, basta que tenga por objeto asegurar el cumplimiento de un acto o contrato de comercio” dicho acto es el cumplimiento de una deuda ajena por tarjeta de crédito, así mismo, esta figura de fianza mercantil siempre va a ser solidaria, por lo que fue objeto de estudio el límite de su responsabilidad.

Según lo anterior, cabe recalcar que el fiador solidario se encuentra obligado en iguales condiciones que el deudor principal, es decir, que le puede ser requerido el cobro de la obligación sin que sea necesario que se le cobre en primer lugar al deudor principal, si así lo exige el acreedor, pero esta posición debe de ser contrapuesta con el deber de información del cual es sujeto la entidad crediticia así mismo con la manifestación de voluntad del fiador.

Es por esto que a criterio de la presente, el límite de la fianza dentro de un contrato de tarjeta de crédito, debe ser el monto límite que se pactó en el contrato como “límite de crédito”, ya que si bien la fianza es solidaria como detallé anteriormente, la fianza mercantil debe constar por escrito y no puede exceder su monto a la obligación principal, entiéndase el límite de crédito como obligación principal la cual el garante se obliga en un contrato accesorio para garantizar en caso de incumplimiento del deudor principal, es por esto que a falta de la obligación principal no existe motivo para la fianza, así las cosas, es que el fiador debe tener conocimiento del monto que está aceptando a garantizar para poder externar su consentimiento, puesto que ante un sobregiro, a pesar de que se estipule en el contrato de adhesión como la posibilidad de existencia y que se obliga por éste también, considero es contradictorio del ordenamiento jurídico costarricense, debido a que cualquier variación en el límite de crédito o sobregiro indefinido no puede ser exigido al garante cuando se encuentra desinformado, más si en el momento de la contratación no se le brindaron los detalles, anexos y demás información importante que afectan de forma significativa las condiciones sustanciales por las que contrajo la obligación original.

Además, se dejó en evidencia con la aplicación del instrumento y la información obtenida por los expertos, que nuestro ordenamiento jurídico a pesar de que resguarda los derechos del fiador como consumidor y de que en el decreto 35867-MEIC se designan una serie de estipulaciones para evitar el abuso de los derechos del fiador como consumidor, en la práctica se extraña que clase de documentos se otorgan para respaldo del fiador, siendo esto un punto tan relevante en la defensa del mismo en un proceso de cobro, por lo que, considero existe una falta de control en prácticas bancarias en relación al momento de exigir la responsabilidad del fiador dentro de una tarjeta de crédito.

Proceso Monitorio Dinerario por medio de una certificación de Contador Público Autorizado

Con relación al último objetivo específico trazado al inicio de la presente investigación, podemos destacar que el proceso de cobro monitorio dinerario es el proceso por medio del cual se puede hacer ejecutable la certificación emitida por CPA como título ejecutivo, el cual fue creado cuando se añadió un segundo párrafo al artículo 611 del Código de Comercio para certificar saldos provenientes de líneas de crédito para el uso de tarjetas de crédito, sin embargo, cabe mencionar que la mayoría de defensas de abogados litigantes radican en desvirtuar la certificación como título ejecutivo y su contenido, sin embargo, como mencione la ley le dio carácter de título ejecutivo para tales fines.

No obstante, después de hecho un arduo análisis de la doctrina confrontándolo con la información proveniente de expertos, podemos concluir con que el CPA en su trabajo de atestiguamiento solo se limita a certificar datos contables que le son puestos a la vista por parte de la entidad de emisora de la tarjeta, puesto que no se encuentra facultado para hacer un análisis jurídico sobre la relación contractual principal ni la accesoria, sin embargo, en reiteradas veces nuestro Tribunales han avalado la inclusión del fiador dentro de una certificación con tan solo el desglose de los montos provenientes como saldo de la tarjeta de crédito, empero, a criterio de quien redacta la estipulación que habilita la inclusión del fiador dentro de una certificación la encontramos en la guía mínima del Colegio de Contadores 03-2005, y no en los requisitos trazados por la jurisprudencia en las resoluciones 501-91 y 505-R, por lo que considero dicha guía a pesar de ser un criterio técnico no jurídico se considera incorporada al ordenamiento jurídico al ser una regla técnica de sentido unívoco y de aplicación exacta en las circunstancias del caso misma que forma parte del ordenamiento positivo según el artículo 158.4 de la Ley General de la Administración Pública, siendo que si tiene fundamento jurídico la inclusión del fiador en una certificación de CPA, sin embargo, debe hacerse la valoración de la responsabilidad del fiador por parte del Juez dentro del proceso monitorio con respecto al cobro de sobregiros de tarjetas de crédito. Por lo que, si resulta la Guía mínima 03-2005 un criterio vinculante en la vía judicial ya que a pesar de no ser fuente del derecho, al ser un criterio técnico emitido por el Colegio para sus agremiados y de aplicación exacta, se entiende como incorporado en el ordenamiento jurídico costarricense.

Por otra parte, pero siguiendo la misma línea respecto a la certificación como título ejecutivo dentro del proceso de cobro, a la luz del límite de responsabilidad de la fianza en el contrato de tarjeta de crédito en la instancia judicial, considero le corresponde al juez hacer un juicio de valor sobre esa responsabilidad permitiendo según la información recabada que utilice la redistribución de la carga probatoria para llegar a la verdad real de los hechos, ya que como se evidenció en el apartado anterior el fiador dentro de dicha relación de consumo se encuentra desprotegido ante las prácticas bancarias ya sea por información inexacta o desagregada, no obstante, es sabido que el proceso monitorio dinerario es un proceso intimatorio y no de conocimiento, por lo que cabe mencionar la posibilidad de que de existir inexactitud en el título ejecutivo debe conocerse su contenido en un proceso ordinario, todo esto sin necesidad de que exista petición por parte del fiador, ya que muchas veces no conocen sus derechos y a pesar de que es una contratación privada, así mismo, debe valorarse su protección contenida en el artículo 46 de la Constitución Política.

De lo anterior, concluyó que la posibilidad de que en un proceso monitorio se redistribuya la carga de la prueba, a pesar de ser una figura novedosa tiene total amparo según el Código Procesal Civil vigente, por lo que es un punto primordial dentro de una defensa por parte del fiador.

Diagnóstico de la legalidad del cobro de un sobregiro de una tarjeta de crédito a un fiador mediante certificación de contador público autorizado en el nuevo Código Procesal Civil

Después del desarrollo de la investigación como respuesta al objetivo general y al planteamiento de la problemática, a criterio de la presente, no resulta legalmente viable la utilización de la certificación emitida por CPA para utilizarse contra un fiador por el cobro de sobregiros de tarjeta de crédito, ya que si bien si se encuentra facultado el CPA para incluir dentro de su certificación a un fiador por estar habilitado por medio de la Circular 03-2005 al entenderse esta circular como una regla técnica la cual encuentra reparo y se encuentra incorporada en el ordenamiento jurídico por el artículo 158.4 de la Ley General de la Administración Pública, así mismo lo que no resulta válido legalmente es la inclusión del fiador a responder por un monto indeterminado e incierto por concepto de sobregiro, aunado a que según el Código de Comercio la fianza debe ser consentida y constar por escrito y su monto no puede sobrepasar la obligación

principal, de la cual el límite de crédito pactado en el contrato constituye la obligación principal, y por otra parte, el artículo 46 de la Constitución Política aunado a los artículos 32 y 34 de la ley 7472 de la Promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor, garantizan los derechos del consumidor abarcando en este término al fiador, ya que ante el supuesto de un sobregiro o una variación en el límite de crédito se encuentra desprotegido por no contar con toda la información antes de tomar la decisión de consumo, así mismo, es inconcebible que no se informe sobre dichas variaciones y se le atribuya responsabilidad por sumas indefinidas que no consten en el contrato original en el cual consta el consentimiento del fiador.

Por lo que, en razón al deber de información del comerciante no puede omitirse información relevante o sustancial de la relación contractual, debiéndose exhibir y otorgar toda la información sin que pueda catalogarse como desagregada, debido a lo anterior, a criterio de la presente, las entidades emisoras de tarjetas de crédito deben resguardar sus intereses económicos sin que signifique una falta de seguridad y buena fe en la contratación de una tarjeta de crédito, ya que todo lo anterior puede suponer un riesgo en la recuperación de sus créditos.

Recomendaciones

En este apartado se busca direccionar las acciones para mejorar el campo de estudio en torno a la problemática abordada a lo largo de la investigación, por lo que corresponde presentar las soluciones que la presente considera necesarias para la solución del problema, debido que como derivación de este problema no solamente se encuentran perjudicados los consumidores, sino, de igual forma el Estado y la sociedad, según la información que se obtuvo en el desarrollo de la investigación permitiendo exhibir los vacíos en torno al fenómeno bajo estudio.

Recomendación respecto al sobregiro en la tarjeta de crédito

Como se abordó en el apartado anterior con respecto a las conclusiones del sobregiro, quedó plasmado que no existe un concepto general para el término “sobregiro” ya que, en todas las fuentes consultadas, variaba su alcance, así mismo existía confusión sobre su origen y su existencia dentro de una tarjeta de crédito, por lo que al respecto se recomienda:

- Se debe emitir un concepto actualizado y general de lo que el término “sobregiro” significa dentro de nuestro ordenamiento jurídico, siendo así, que podría llevar a la derogación del artículo 632 bis del Código de Comercio ya que el término que se denomina “sobregiro bancario” no es el término que se entiende en la práctica ni el que la Contraloría General de la República emitió en su oficio 13629 DFOE-EC-0698 del 2013, por lo que se recomienda a la Asamblea Legislativa reformar el supra citado artículo para evitar analogías, malas interpretaciones que se reproduzcan en abusos hacia los consumidores.
- Debe crearse una adición o reforma al reglamento 35867-MEIC con respecto al artículo 2 incluyendo el término sobregiro, ya que como se explicó en las conclusiones el sobregiro si existe en la tarjeta de crédito, así mismo, en el artículo 5 del mismo reglamento, debiendo desarrollarse un requisito de fondo con respecto al sobregiro, siendo que se establezca un límite al monto de sobregiro dentro del contrato de tarjeta de crédito, ya sea un tope máximo general o individual, dependiendo de las condiciones del cliente, pero evitando que constituya una suma indeterminada para el fiador.

Estas recomendaciones tiene sustento en el análisis que se hizo conforme a la información recabada de expertos y la normativa vigente en nuestro país, siendo que el ordenamiento positivo incluye un término que no es realmente adecuado para la época en que se desarrolla esta investigación, así mismo, que no existe un concepto que sea impuesto como mandatorio aparte del que existe en el Código de Comercio, por lo que considero se debe regular el alcance del concepto para que se reduzca las deficiencias en su aplicación dentro de la materia comercial y bancaria.

Recomendación respecto a la fianza dentro del contrato de tarjeta de crédito y su límite de responsabilidad

En relación con este objetivo, habiéndose concluido con que el límite de la fianza dentro de un contrato de tarjeta de crédito debe ser el pactado en el contrato como “límite de crédito”, así

mismo por haberse reiterado el deber de información por parte del ente emisor de la tarjeta con respecto al consumidor, se recomienda:

- Promover una mejor supervisión por parte de la SUGEF y el MEIC hacia las entidades emisoras de tarjetas de crédito con respecto a las cláusulas de los contratos de adhesión y las prácticas cobratorias, siendo que no puede violentarse los derechos a los consumidores, por encontrarse habilitado las variaciones del límite de crédito por medio de estados de cuenta, ni mucho menos, permitirse la omisión de la normativa con respecto a la fianza en un proceso monitorio dinerario, siendo que el consentimiento debe quedar por escrito, mismo que no puede ser bajo información que no sea veraz, clara e incompleta.
- Se promueve al MEIC a realizar charlas y capacitaciones dirigidas a las entidades emisoras de tarjetas de crédito, siendo que este es el Ministerio correspondiente para tutelar dichas prácticas bancarias y además de ser el que se encuentra en capacidad de emitir normativa al respecto, permitiendo que las entidades bancarias sepan como pueden proceder a hacer ejecutable la responsabilidad de un fiador dentro de un contrato de tarjeta de crédito, pudiendo éstos analizar el riesgo en la recuperación de sus créditos, sin omitir que puedan adaptar nuevos instrumentos de garantía en sus contrataciones.

Las anteriores recomendaciones encuentra reparo en la normativa vigente con respecto a la fianza mercantil la cual la encontramos en el Código de Comercio en los artículos 509 al 520, asimilándolo con la práctica que se ha llevado a cabo hasta el momento, por lo que no puede permitirse la omisión de estos lineamientos normativos por desconocimiento o por incertidumbre, mismas que se han utilizado en favor de las entidades financieras permitiendo violaciones a los derechos de los fiadores como consumidores, sin embargo, la normativa existe y por no haberse hecho una análisis profundo no se conocía cual era el límite de la responsabilidad del fiador dentro de la tarjeta de crédito, misma que es solidaria pero se antepone a esto el deber de información tutelado por la Constitución Política en su artículo 46.

Recomendación con respecto al Proceso Monitorio Dinerario mediante certificación de Contador Público Autorizado

Para finalizar con el último objetivo, en relación a la conclusión a la que se pudo llegar después del análisis de toda la información recabada a lo largo de la investigación con respecto a la certificación de CPA, cabe reiterar que el contrato de fianza no es un título ejecutivo por lo que para poder acudir a la vía judicial para el cobro de sobregiros de tarjetas de créditos hacia fiadores se tiene que constituir una certificación de CPA, el cual es título ejecutivo y documento base del proceso monitorio dinerario, la certificación encuentra fundamento legal en el segundo párrafo del artículo 611 Comercial, sin embargo, se dejó claro que el legislador nunca emitió requisitos legales para la validez de dicho título, por lo que, a razón de esto es que se fueron desarrollando algunos requisitos mínimos a través de la jurisprudencia, a diferencia de los requisitos jurisprudenciales también se encuentran requisitos según el Colegio de Contadores Públicos emitidos por medio de una circular 03-2005, sin embargo, esta guía constituye un criterio técnico para sus agremiados y por sí solo puede entenderse que no es fuente formal del derecho al ser una circular emitida para sus agremiados, sin embargo, según las conclusiones anteriores esta regla técnica forma parte del ordenamiento y el Juez podrá controlar la conformidad con estas reglas no jurídicas, por lo que su contenido debe tomarse como vinculantes en la vía judicial, en razón a lo anterior se recomienda:

- Debe elevarse el rango normativo y además detallarse el ámbito de alcance y aplicación de la Circular 03-2005, es decir, es necesario convertirlo en norma o reglamento, siendo así, que se logre determinar sus alcances jurisdiccionales para que se entienda como una herramienta con la que cuenta el Juzgador dada la trascendencia e impacto que tiene el contenido de la certificación, para que se entiendan dichos requerimientos mínimos de validez como jurídicamente vinculantes, igualándolo al tratamiento jurídico que se ha dado a los demás títulos ejecutivos, siendo que se subsane el vacío jurídico en cuanto al cobro de sobregiros a fiadores por medio de certificación de CPA.
- Con respecto al tema procesal de la ejecución del título ejecutivo del contador público autorizado, debe desarrollarse un procedimiento especial para la ejecución del título expedido por el CPA dentro del Código de Comercio, esto es de necesidad debido al alto grado de responsabilidad que posee dicho profesional en la

elaboración de un título que es unilateral y que además contiene fe pública, por lo que al detallarse un proceso de conocimiento especial para dicha ejecución de la certificación de CPA, se puede conocer el contenido del título, permitiéndose hacer un análisis de su literalidad así mismo, de las responsabilidades que contiene, aspectos que no son de conocimiento en un proceso monitorio dinerario por ser un proceso de intimación y no de conocimiento.

La anterior recomendación a criterio de la presente, es fundamental y va de la mano con las respuestas obtenidas y traducidas en conclusiones en el capítulo V, puesto que en la validez de la inclusión del fiador dentro de la certificación de CPA es que radica la problemática que abordamos, al respecto se concluyó y cabe reiterarlo, la posibilidad de incluir a un fiador dentro del CPA se encuentra estipulado en la circular 03-2005 y no dentro de los requisitos jurisprudenciales, por lo que resalta la necesidad de que en la vía judicial se entiendan como vinculantes dichos requisitos mínimos de validez, siendo que se permita la inclusión del fiador dentro de la certificación, sin embargo, por montos que fueron de conocimiento previo para el garante, no obstante, es al Juez al que le corresponde hacer este juicio de valor y procurar que no se violenten los derechos del consumidor y que en armonía se protejan los intereses económicos de las entidades financieras.

Referencias

Libros

Acuña, B, Arce, S. (1991). El criterio bancario, Costa Rica.

Álvarez-Gayou, J. (2003), Merriam. (2009). Cómo hacer. Investigación cualitativa: fundamentos y metodología.

Álvarez, M. (2012). Contratos mercantiles, Universidad de Ibagué.

Arias, F. (2006). Proyecto de investigación: introducción a la metodología científica, quinta edición. Caracas: Espíteme.

Balestrini, M. (2006). Cómo se elabora el proyecto de investigación, Caracas, Venezuela: Servicio Editorial BL Consultores Asociados.

Bauche, M. (1978). Operaciones bancarias activas, pasivas y complementarias. México: Porrúa.

Bollini, C, Boneo, E. (s.f). Manual para operaciones bancarias y financieras, cuarta edición, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Certad, M. (1998). Temas de derecho comercial. San José, Costa Rica: Editorial Juritexto.

Cervantes, R. (1969). Títulos y operaciones de crédito, quinta edición. México: Editorial Herrero S.A.

Díaz, B, (2017). Títulos y operaciones de crédito. Ciudad de México: Iure editores.

Espinoza, A. (2014). Las Fuentes Formales del Derecho Comercial.

Espinoza, A. (s.f). Evolución Histórica del Derecho Comercial.

Galbraith, J. (1983). El dinero. Barcelona: Ediciones Orbis S.A.

Hernández, R, Fernández, C, Baptista, M. (2010). Metodología de la investigación. Quinta edición, México: Interamericana Editores S.A.

Jiménez, H. (1986). El sobregiro en la cuenta corriente bancaria. Derecho bancario, San José, Costa Rica: Editorial Universidad Estatal a Distancia.

Kozolchyk, B. (1997). Curso de derecho mercantil. Costa Rica: Editorial Juritexto.

Menger, C. (1871). Principios de economía política. Barcelona: Editorial Folio.

Messieno, F. (s.f). Operaciones de bolsa y de banca, segunda edición, Barcelona: BOSCH, Casa editorial.

Messineo, F. (1995). Manual de derecho civil y comercial. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Mora, F. (19882). Introducción al estudio del derecho comercial, San José, Costa Rica: Editorial Juricentro S.A.

Morales, J. (2014). Crédito y cobranza. México: Grupo editorial Patria.

Muguillo, R. (1988). Tarjeta de crédito. Buenos Aires: Editorial Astrea del Alfredo y Rivardo Depalma.

Parajeles, G. (2004). Tarjeta de crédito y pagaré. San José: IJSA.

Pereza, B. (2015). Contratos civiles. México: Editorial Porta.

Reynoso, D. (1995). Sistema de tarjeta de crédito: estructura, funcionalidad. Buenos Aires: R. Guido.

Sarmiento, H. (1973). La tarjeta de crédito, su aspecto jurídico y económico. Bogotá, Ediciones temis.

Silva, J. (s.f). Origen de la tarjeta de crédito.

Tamayo y Tamayo, (2003). El proceso de la investigación científica, cuarta edición, México: Limusa Noriega Editores.

Villalobos, L. (1984). El aval como garantía. San José.

Zamora, M. (2007). Contratos civiles. México: Porrúa.

Internet

Olavarría, J. (1970). Manual de derecho comercial. Recuperado de <https://books.google.co.cr/books?id=GHVrjS-d6-QC&pg=PP1&lpg=PP1&dq=Manual+de+Derecho+Comercial,+Julio+Olavarr%C3%ADa+A+1970&source=bl&ots=JS72UG8ZJw&sig=K9reduMOM3Jqf0lxGofbLdgEw84&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEwiyqrKO8qbeAhVLyIMKHRDbBrIQ6AEwAXoECAgQAQ#v=onepa>

Tesis:

Alfaro, M. (1998). Necesidad de una regulación para el sistema contractual de tarjeta de crédito frente a la realidad nacional. Costa Rica.

Álvarez, A. (1981). Análisis jurídico del crédito privado y el crédito público en Costa Rica. San José.

Arias, A, Rodríguez, C. (1997). El contrato de tarjeta de crédito en la legislación costarricense. Costa Rica.

Contreras, J. (2018). Análisis del fenómeno de la reincidencia en materia penal a la luz de los derechos humanos, San José, Costa Rica.

Gómez, A. (2012). El dinero electrónico como sustituto del efectivo y posible mecanismo para masificar el acceso a los servicios financieros. Análisis de la normativa costarricense y la comparada. San José.

Moreno, Z. (2010). El cobro judicial de saldos de tarjetas de crédito a través de la certificación de contador público autorizado. San José.

Obando, D. (2018). Remate en un proceso de ejecución de bienes gananciales en el contexto de artículo 322 del proyecto de ley “Código Procesal de Familia”, San José, Costa Rica.

Soler, X. (1983). La tarjeta de crédito su aspecto jurídico. San José.

Leyes y reglamentos

Acuerdo N° 412-2005, Junta Directiva del Colegio de Contadores Públicos de Costa Rica. (2005). San José.

Código de Comercio. (2016).

Código de ética profesional del contador público autorizado y de la contadora pública autorizada, Colegio de Contadores Públicos de Costa Rica. (2014).

Código Procesal Civil. (2018).

Guía Mínima para emitir certificación del saldo deudor por el uso de la tarjeta de crédito o certificación del sobregiro en cuenta corriente o certificación por otro tipo de deuda N° 03-2005, Colegio de Contadores Públicos de Costa Rica. (2005).

Reglamento Colegio de Contadores Públicos de Costa Rica Decreto N° 13606-E, Colegio de Contadores Públicos de Costa Rica. (2017).

Reglamento de tarjetas de crédito y débito decreto N° 35867, Ministerio de Economía, Industria y Comercio. (2010).

Segundo estudio trimestral de tarjetas de crédito del 2018, Ministerio de Economía, Industria y Comercio, San José. (2018).

Pronunciamientos

Comisión Nacional del Consumidor Voto N°239-10

Comisión Nacional del Consumidor Voto N°330-10

Comisión Nacional del Consumidor Voto N°477-14

Comisión Nacional del Consumidor Voto N°484-14.

Comisión Nacional del Consumidor Voto N°865-15

Juzgado Sexto Civil de San José Voto N° 40.

Juzgado Tercero Civil de Mayor Cuantía, Voto N° 115-02.

Sala Constitucional Voto N° 3056-03.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia Voto N° 81.

Tribunal Primero Civil de San José Voto N° 01162-2007

Tribunal Primero Civil de San José Voto N° 1063-L.

Tribunal Primero Civil de San José Voto N° 12262-2007.

Tribunal Primero Civil de San José Voto N° 1391-N.

Tribunal Primero Civil de San José Voto N° 1679-F.

Tribunal Primero Civil de San José Voto N° 392-G.

Tribunal Primero Civil de San José Voto N° 457-L.

Tribunal Primero Civil de San José Voto N°141-F.

Tribunal Primero Civil de San José Voto N°505-R.

Tribunal Primero Civil Voto N° 177.

Tribunal Primero Civil Voto N°96-G.

Tribunal Superior Civil Voto N° 1490.

Tribunal Superior Civil Voto N° 377.

Tribunal Superior Primero Civil Voto N° 15-M.

Tribunal Superior Primero Civil Voto N°782-M.

Apéndice

Apéndice A

Categoría de análisis: El sobregiro

A) Contrato de Apertura de crédito para uso tarjeta de Crédito

¿Conoce usted si los contratos de adhesión de tarjeta de crédito incluyen el límite del monto por sobregiro?

¿Según su experiencia las modificaciones al límite de crédito del contrato de tarjeta de crédito son comunicadas al fiador de la tarjeta de crédito? ¿Si es así, por qué medio?

¿Considera usted adecuada la práctica bancaria de modificar límites de crédito para el uso de tarjeta de crédito sin solicitud del usuario?

¿Según su criterio de existir cambios en el límite de crédito, debe de modificarse el contrato original de tarjeta de crédito?

¿Opina usted que en caso de existir modificación al límite de crédito se constituye un incumplimiento contractual?

B) Sobregiro:

¿Según su criterio que constituye sobregiro en una tarjeta de crédito?

¿Considera usted que cualquier suma superior al límite de crédito pactado en el contrato de tarjeta de crédito constituye sobregiro?

¿Según su consideración existe sobregiro a pesar de que la provisión de fondos sea por disponibilidad de un crédito otorgado por un banco?

Categoría de análisis: El contrato de fianza y su límite de responsabilidad en la tarjeta de crédito

A) La Fianza como instrumento de garantía en el contrato de tarjeta de crédito:

¿Según su criterio qué documentos se le deben de entregar al fiador a la hora de garantizar el contrato de tarjeta de crédito como respaldo?

¿Considera usted que se le debe entregar copia del contrato de tarjeta de crédito al fiador de la tarjeta de crédito?

¿Según su opinión la fianza es una obligación principal o accesoria dentro del contrato de tarjeta de crédito?

¿Conoce usted en qué casos se encuentra supeditada la solicitud de una garantía accesoria como la fianza en un contrato tarjeta de crédito?

B) Límite de responsabilidad

¿Según su opinión cuál es el límite de la solidaridad de la fianza mercantil en un contrato de tarjeta de crédito?

¿Según su criterio puede obligarse al fiador por más que el deudor principal en un contrato de tarjeta de crédito?

¿Conoce usted cuál es el límite de la responsabilidad solidaria del fiador en caso de existir modificaciones en el límite de crédito?

Categoría de análisis: El proceso de cobro monitorio dinerario en el Código Procesal Civil**A) Certificación de CPA como título ejecutivo en el proceso monitorio dinerario:**

¿Según su opinión se encuentra facultado el CPA para incluir a un fiador de tarjeta de crédito dentro de la certificación?

¿Según su criterio el CPA debe describir dentro de la certificación qué documentos tuvo a la vista para realizar la certificación?

¿Cuales considera usted son los documentos indispensables para realizar la certificación ejecutable hacia un fiador?

¿Según su opinión es indispensable que el CPA tenga a la vista el contrato de tarjeta de crédito para realizar la certificación además de las notificaciones por medio de estados de cuenta sobre modificación del límite de crédito o bastan los registros y movimientos crediticios del banco?

¿Cual es la responsabilidad del CPA en caso de no tener a la vista el contrato de tarjeta de crédito o la notificación de modificación del límite al hacer la certificación? Es decir, si existe falsedad ideológica de la certificación.

B) Proceso Monitorio Dinerario:

¿Según su opinión cómo puede proceder a defenderse el fiador en contra de una modificación al límite de crédito dentro del proceso?

¿En su experiencia puede el Juez hacer redistribución de la carga de la prueba sin petición de parte?

¿Conoce usted a quién le corresponde controlar el contenido de la certificación? ¿Debe el Juez verificar certificación con la Guía mínima?

¿Según su opinión como puede proceder a defenderse el fiador en contra de una modificación al límite de crédito dentro del proceso?

Apéndice B

Entrevista transcrita realizada a manera de comunicación personal al Licenciado Alfredo Mata Jefe Departamento de Fiscalía Colegio de Contadores Públicos de Costa Rica, 06 de marzo del 2019:

¿Según su opinión se encuentra facultado el CPA para incluir a un fiador de tarjeta de crédito dentro de la certificación?

Si se encuentra facultado para incluirlo como fiador siempre los datos, consten en el contrato y que el CPA pueda verificar la veracidad de esas firmas, y de esas persona o entidad como fiadora.

¿Según su criterio el CPA debe describir dentro de la certificación qué documentos tuvo a la vista para realizar la certificación?

Si, es un requisito que el CPA describa además de los procedimientos que hizo, también que describa qué documentación tuvo: contratos, facturas, recibos de pago, notificaciones, estados de cuenta, fechas de último pago, tasa de interés vigente, de mora, toda la documentación que él tenga a la vista tiene que describirla en su certificación, de hecho es un párrafo de la guía mínima, son lineamiento mínimos, es decir, menos que eso no debería hacerse, más que eso dependiendo de la complejidad puedes complementar con otra evidencia, pero menos que eso no, y dice el lineamiento mínimo que debería de describirlos que tuvo a la vista.

¿Cuales considera usted son los documentos indispensables para realizar la certificación ejecutable hacia un fiador?

Considero que si es indispensable tener los estados de cuenta, porque ahí se obtiene la base para determinar el saldo adeudado a tal fecha, en los estados de cuenta también se puede cotejar, los estados de cuenta por sí solos no son evidencia, son evidencia siempre y cuando se complementen con otra documentación como el contrato, si por ejemplo se da un estado de cuenta una tasa de interes corriente y moratoria de 25% el CPA no tiene certeza de que eso sea, se debe complementar con el contrato, debe complementar el límite de crédito que dice el estado de cuenta con el límite de crédito que se estableció en el contrato y si en la actualidad es diferente se tiene que ver aquel estado de cuenta en que se notificó el aumento de ese límite de crédito, entonces es un trabajo que hay que complementarlo con una serie de evidencia para que el conjunto de elementos obtengan la validez necesaria, por sí solo el estado de cuenta no va a dar evidencia, siempre que se complemente, documentos indispensables para hacer ejecutable a un fiador: estado de cuenta, el contrato de lo más

importante porque consta que esa persona se comprometió y la comparación o el cotejo que haga el CPA de las condiciones que se establecieron en el contrato versus las condiciones que se están ejecutando en la realidad y que se hayan notificado todas las variaciones.

¿Según su opinión es indispensable que el CPA tenga a la vista el contrato de tarjeta de crédito para realizar la certificación además de las notificaciones por medio de estados de cuenta sobre modificación del límite de crédito o bastan los registros y movimientos crediticios del banco?

Volvemos a lo mismo, todo es complementario porque el CPA en materia de certificaciones y de auditoría decimos que la información financiera tiene que tener algunas características, para que el CPA pueda emitir una conclusión sobre eso, se dice que la información tiene que ser íntegra, es decir tiene que ser un todo, tiene que además existir la información, debe de ser exacta, debe estar adecuadamente presentada, entre otras. La base de datos del banco puede decir o dar cuenta de una serie de transacciones que suman determinado monto, sin embargo el CPA puede ver sumando esa base de datos que sumando esos montos suman que son matemáticamente exactos pero con esa base de datos el CPA no puede satisfacerse aunque el banco ponga el nombre del supuesto deudor porque no tiene un fundamento de qué movimiento es, eso da idea de que es exacto, pero las obligaciones sobre esa deuda se ven en un estado de cuenta y un contrato, que la deuda exista al hoy eso se ve por medio de los movimientos que hasta la fecha de la certificación han dado pie al saldo que se va a certificar, porque puede ser que a una fecha la deuda existía pero posteriormente lo pagaron y a la fecha de emisión de la certificación ya la deuda no existe, es indispensable que el CPA tenga todo esto a la vista, y en la opinión del experto debería de conservar esos documentos para referencia o respaldo, por un eventual proceso que tenga que defenderse ante la fiscalía o un tribunal, es importante que conserve eso, además de que el CPA tiene que advertir en su informe como una obligación cualquier situación que el haya identificado que de lugar a una desigualdad o incongruencia.

El CPA si verifica que el monto de sobregiro sea el que venga en el contrato o este en ese rango, si existe una diferencia ya podría el CPA advertir en su certificación que existe una posible desviación del objeto del contrato, en ese caso es importante indicar que si al CPA,

es obligación del CPA ponerlo en la certificación si hay una variación en montos de estados de cuenta con el contrato de tarjeta de crédito, porque eso es lo que el CPA está viendo, que sea un tema de que el banco tenga un descontrol o que haya informado o no, o que el banco por descontrol se le fue un monto de más es un tema que el CPA tiene que advertir en su certificación que identificó tal cosa, que había un sobregiro autorizado de un monto en el contrato pero que en la evidencia que el vio determinó que el sobregiro real era de más, no quiere decir que el CPA puede ocultar la realidad pero tiene que advertir a un tercero que hay una desigualdad para que el juez de cobro o usuario de información se pueda defender y pueda tomarlo en su razonamiento o juicio. Es responsable esta persona por ese monto adicionales o no, esa especie de juicio el CPA tiene que hacerlo.

¿Cual es la responsabilidad del CPA en caso de no tener a la vista el contrato de tarjeta de crédito o la notificación de modificación del límite al hacer la certificación? Es decir, si existe falsedad ideológica de la certificación?

En el caso de incumplimiento de una norma técnica y con las normas éticas, con la norma 3000 norma de atestiguar, y por ende el incumplimiento del código de ética del contador público, que dice que todo trabajo debe hacerse apegado a las normas que rigen la profesión art 26 Código de Ética, por lo que cuando existen este tipo de incumplimientos a una norma o una guía o el código de ética con el deber de diligencia del trabajo, porque resulta que en la fiscalización que se le hace al CPA se vio que no tenía la evidencia o las bases suficientes para concluir con tal grado de seguridad tan cercano al 100% de que esa era la deuda, que ese era el fiador y que ese era el sobregiro permitido, eso podría eventualmente acarrear al CPA una sanción administrativa que es la que se impone en el colegio, la fiscalía no es la que impone la sanción, es la que hace la investigación preliminar, dice si hay merito o no para aperturar el proceso administrativo, si la fiscalía identifica méritos traslada la recomendación de abrir un proceso administrativo a la Junta Directiva, esta última es aquella que por medio le dice a otro órgano llamado tribunal de honor analice dicho caso que ha identificado la fiscalía que tiene mérito para una sanción, el Tribunal de Honor por medio de audiencias orales y privadas, por medio de la revisión del informe de la fiscalía, aportación de nueva prueba del denunciado CPA, hay unas personas que aportan a la

fiscalía una parte de prueba o nada, y prefieren esperar que llegue el caso al Tribunal de Honor a audiencia, El Tribunal de Honor si no tiene nueva evidencia que le cambie el parecer se alinea a lo que la fiscalía ha determinado que son investigaciones muy exhaustivas y el Tribunal de Honor recomienda a la Junta Directiva analizamos tales hechos creemos por ende al artículo 75, 76 del Código de Ética que la sanción que se le debe imponer a el colegiado es grave, muy grave o inhabilitación tres tipos de sanciones que existen, y la Junta Directiva será la que analice esa recomendación del Tribunal de Honor e imponga la sanción, puede pasar que el Tribunal de Honor diga que por la falta de debida diligencia o incumplimiento de tal normativa es una falta grave, pero resulta que las faltas graves en este colegio se sanciona con 1-3 años de suspensión de ejercicio profesional, la Junta Directiva decide si es 1,2 o 3 dentro de ese rango.

Es la Junta Directiva la que al final sanciona.

Apéndice C

Entrevista transcrita realizada a manera de comunicación personal al Doctor Sergio Artavia Barrantes, 06 de marzo del 2019:

- 1) ¿Según su criterio qué documentos se le deben de entregar al fiador a la hora de garantizar el contrato de tarjeta de crédito como respaldo?

En mi criterio, sería ilegal porque entendiendo la historia de la creación de la certificación del CPA como título ejecutivo y su fundamento habría que decir que la autorización legal y jurisprudencial concedida al CPA y al privilegio de la vía monitoria concedido al acreedor no es irrestricto ni ilimitado y si entre líneas tanto la Sala Constitucional como el Tribunal Primero empezaron a imponer límites, algunas condiciones mínimas, en la opinión de él está ligado a una tarjeta de crédito o un contrato de tarjeta de crédito donde como fiador ha consentido a comprometerse a garantizar la deuda, una deuda por un monto determinado, para el experto no se le podría garantizar un monto más allá del garantizado por él, y menos se le podría cobrar un sobregiro que él no autorizó, ahora el tema está en el escenario, porque si ese sobregiro no sobrepasa el monto de la fianza en principio pareciera que si es responsable porque el contrato ni la fianza determinan que la causa invalide la fianza porque se compone como fiador de una obligación de un contrato base

independientemente cual sea la causa o el consumo que se haga de eso, si es para cajero automático o compras, el fiador no puede decir que para viajes no o para equis fin no, porque fío para una tarjeta el uso dentro de los parámetros, hay que construir la idea porque se podría traer el principio de literalidad y amarrar el argumento y el principio de incorporación, legalidad, aunque sepamos que esos principios están referidos a los títulos ejecutivos donde el deudor firmaba en el fondo son principios contractuales. Principio de legalidad del título solo puede ser creado por ley, El tema del consentimiento expreso, si existe el consentimiento en el contrato y el CPA da fe de esa firma, pero cómo se da el consentimiento expreso si el título lo emite un tercero, el título lo emite el tercero por toda la evolución histórica por necesidad del mercado financiero pero la propia jurisprudencia de la sala constitucional y el tribunal primero nos llevan a afirmar que también rige ese principio de la voluntad expresa no es que se puede inventar.

- 2) ¿Según su opinión como puede proceder a defenderse el fiador en contra de una modificación al límite de crédito dentro del proceso?

Debe ofrecerse prueba pericial, perito de la corte o privado ahora puede ser, que exija a la emisora de tarjetas de crédito la presentación de todos los vouchers, de todos los pagos, compras para determinar si efectivamente el saldo corresponde a ese monto y ver si efectivamente ese monto en exceso es un sobregiro que no esté autorizado, ahí depende mucho de la prueba documental, prueba pericial donde se haga un estudio completo, pero es posible fabricar la prueba.

- 3) ¿Según su opinión la fianza es una obligación principal o accesoria dentro del contrato de tarjeta de crédito?

Por su naturaleza la fianza es un elemento accesorio al contrato, porque si no existe la obligación es inválida.

- 4) ¿Cuál considera usted es el límite de responsabilidad del fiador de una tarjeta de crédito?

Para mi criterio el monto por el que se obligó en el contrato original.

- 5) ¿Considera usted adecuada la práctica bancaria de modificar límites de crédito para el uso de tarjeta de crédito sin solicitud del usuario? ¿Si existen modificaciones en el límite de crédito hasta donde llega la responsabilidad solidaria del fiador?

En mi criterio no se podría aumentar si no lo consiente dicho aumento, la fianza por un principio de teoría general, la fianza históricamente está limitada al monto que el fiador se comprometió.

- 6) ¿Según su criterio puede obligarse al fiador por más que el deudor principal en un contrato de tarjeta de crédito?

No podría obligarse si no consintió expresamente la modificación, menos si se encuentra desinformado, mucho menos ejecutarse el extra-financiamiento, porque la tarjeta tiene varios productos o beneficios, como el sobregiro.

- 7) ¿En su experiencia puede el Juez hacer redistribución de la carga de la prueba sin petición de parte?

Si claro, aunque no haya petición de parte, puede el fiador sin ningún problema ofrecer estados de cuenta que no posea y solicitar al juez ordene al ente emisor de la tarjeta que los aporte al proceso, es uno de los supuestos prácticos en los que se ha aplicado la teoría de la redistribución de la carga de la prueba por la dificultad de acceso a la información, en este caso no solo del deudor, sino con mucha más razón del fiador que de cara a la emisora de tarjetas incluso si pide estados de cuenta no se los dan por no ser el titular del cuenta.

- 8) ¿Conoce usted a quien le corresponde controlar el contenido de la certificación? ¿Debe el Juez verificar certificación con la Guía mínima?

El Juez si controla, ya que muchas veces hacen prevenciones y en algunos casos del proceso como tal, porque en muchos casos la certificación como tal es inadmisibles por informal o no cumplen los parámetros jurisprudenciales, en ese escenario el Juez de oficio puede examinar el título porque es uno de los presupuestos de examen del título, que aquí se puede ligar con la figura novedosa de la demanda improponible Art 35.5.9 el Juez puede examinar los presupuestos materiales de la pretensión desde el inicio como gran novedad, Si el juez de cobro le presentan una certificación de CPA que no cumplen esos estándares mínimos, no tanto que la guía mínima del colegio de contadores sea obligatoria a nivel judicial de hecho no es obligatoria porque no es fuente de derecho, son lineamientos técnicos para sus agremiados, lo que tienen que cumplir son los parámetros dictados por la jurisprudencia donde viene especificación, detalle, desglose, fecha, si una certificación no cumple con esos elementos podría ser improponible.

La jurisprudencia donde se cita que la certificación no puede ser subsanable por medio de prevenciones porque se le debe tratar como los demás títulos ejecutivos para el experto es cerrada ya que con el nuevo código no se puede aplicar, porque existen solo dos posibilidades: la improponibilidad y la inadmisibilidad, no existe el rechazo de plano en la demanda, la improponibilidad conduce a un rechazo de plano pero tiene como requisito el supuesto de que el juez tiene que decir en este caso al acreedor cual es el motivo de que le falta a la certificación, falta detalle o firma debe razonarlo y otorga un plazo de 3 días al actor para que lo corrija pero no puede rechazarlo de plano como lo hacía antes, ahora si entendemos que es un requisito de admisibilidad incluso debería de dar 5 días para que corrija el título y subsane y en ese supuesto podría presentar una nueva certificación y no la misma, Yo critico duramente la tesis cerrada del tribunal primero pero posteriormente se fue relativizando no fue tan estricto, ahora lo que hacen es prevenir la corrección como inadmisibilidad no rechazo de plano.

9) ¿Según su opinión como puede proceder a defenderse el fiador en contra de una modificación al límite de crédito dentro del proceso?

Oposición en el monitorio, si pierde monitorio se va a ordinario presenta un proceso de conocimiento para demostrar que le cobraron más de la cuenta, no para anular el monitorio sino para revertir lo pagado y le devuelvan el dinero cobrado de más.

Debe ser con prueba pericial, pero también prueba documental porque si tiene el contrato en donde obliga a la emisora a presentar el contrato, ya que ahora existe el deber de exhibición que está muy bien fortalecido en el artículo 44-45 puede ser prueba documental, declaración de parte, pericial, con eso se puede salvar.

Apéndice D

Entrevista transcrita realizada a manera de comunicación personal al Licenciado Carlos Andrés Sanabria Vargas, Jefatura departamento de procedimientos administrativos dirección de apoyo al consumidor, 7 de marzo del 2019:

1) ¿Conoce usted si los contratos de adhesión de tarjeta de crédito incluyen el límite del monto por sobregiro?

Normativamente no está así dispuesto. La tarjeta de crédito no presume la existencia de una cuenta corriente previa, inclusive, no lo requiere. Por ello, hay regulación en cuanto a sobregiros, pero es para cuentas de tarjeta de débito, sobre la cual, indica la normativa, que no podrán incluirse cargos no establecidos o previstos en el contrato y sus modificaciones (p.e. comisiones).

2) ¿Según su experiencia las modificaciones al límite de crédito del contrato de tarjeta de crédito son comunicadas al fiador de la tarjeta de crédito? ¿Si es así, por qué medio?

El emisor de tarjetas de crédito está obligado a notificar en el estado de cuenta inmediato posterior al tarjetahabiente, el aviso de modificación del contrato original y los anexos o adenda para que éste pueda determinar si mantiene la relación contractual o no. El aviso deberá especificar en el apartado de "Avisos Importantes".

3) ¿Considera usted adecuada la práctica bancaria de modificar límites de crédito para el uso de tarjeta de crédito sin solicitud del usuario?

Las condiciones generales incorporadas a un contrato deben ser suficientemente claras y precisas, a fin de que no induzcan a error a los consumidores. Por ello, cualquier modificación a las condiciones pactadas, debe ser al menos previsible para el consumidor, y en todo caso, el tarjetahabiente tendrá un plazo de dos meses contados a partir de la fecha de la notificación para rechazar la modificación propuesta. La modificación de los límites de crédito está sujetas a estas reglas.

4) ¿Según su criterio de existir cambios en el límite de crédito, debe de modificarse el contrato original de tarjeta de crédito?

El contrato original no requiere ser modificado, si se aplica el aviso de modificación del contrato original y los anexos o adenda que establece la norma; pues para cualquier efecto, todos conforman en su conjunto la relación contractual.

5) ¿Conoce usted si el decreto sobre tarjetas de crédito 35867-MEIC es ley especial? ¿Según su criterio prevalece sobre código de comercio?

Un decreto no puede considerarse Ley, véase artículo 6 de la Ley General de la Administración Pública, Ley No. 6227. En todo caso, lo que regula el decreto no está contemplado en el código de comercio, y viceversa, por lo tanto, no existe conflicto normativo.

6) ¿Opina usted que en caso de existir modificación al límite de crédito se constituye un incumplimiento contractual?

No de acuerdo con el marco normativo. El tarjetahabiente tendrá un plazo de dos meses contados a partir de la fecha de la notificación para rechazar la modificación propuesta. Si el tarjetahabiente no contesta dentro del plazo estipulado para ello, se entenderá que las modificaciones han sido aceptadas. Si el tarjetahabiente decide no mantener la relación contractual de acuerdo con el procedimiento y los medios establecidos en el artículo anterior, el emisor sólo podrá cobrar el pasivo pendiente con la tasa de interés y condiciones previas a la modificación propuesta contenidas en el contrato original, sus anexos y adenda. Solo habría incumplimiento si la modificación se aplica sin conocimiento del consumidor, o bien, si éste una vez conocida, la rechaza expresamente, y el emisor aún así se la aplica.

7) ¿Según su criterio qué constituye sobregiro en una tarjeta de crédito?

El sobregiro bancario está contemplado en la Ley para cuentas corrientes (art. 632 bis Ley 3284), no para contratos de tarjetas de crédito. Un sobregiro es en esencia, un giro de dinero mayor al que el se tienen en la cuenta, donde la diferencia por encima de ese saldo se considera un crédito. No tiene sentido este concepto en una tarjeta de crédito, porque no hay un saldo en cuenta, simplemente resulta en una mera ampliación del límite de crédito.

8) ¿Considera usted que cualquier suma superior al límite de crédito pactado en el contrato de tarjeta de crédito constituye sobregiro?

Misma anterior.

9) ¿Según su consideración existe sobregiro a pesar de que la provisión de fondos sea por disponibilidad de un crédito otorgado por un banco?

Misma anterior.

10) ¿Según su criterio que documentos se le deben de entregar al fiador a la hora de garantizar el contrato de tarjeta de crédito como respaldo?

Los contratos deberán ser firmados por el representante legal del emisor o de la persona previamente autorizada para tal fin, así como por el tarjetahabiente y por el eventual fiador personal de éste. Para el caso de las modificaciones al contrato que afecten de forma significativa la situación patrimonial del fiador, tales como: tasa de interés, límite de crédito y plazo de vigencia del contrato, deberán ser notificadas a éste a efectos de que el fiador pueda manifestarse sobre su continuidad en esa condición. Los plazos para dicha comunicación, así como para oponerse, serán los mismos que aplican al tarjetahabiente.

11) ¿Considera usted que se le debe entregar copia del contrato de tarjeta de crédito al fiador de la tarjeta de crédito?

La norma no dispone que este tema específicamente como usted lo indica sea requisito de validez o eficacia. Sin embargo, si existe la obligación del comerciante de informar al consumidor, consecuentemente al fiador. En las áreas de servicio al cliente y en la página web, los emisores deberán mantener publicados los modelos de contratos vigentes y los folletos informativos a fin de que los tarjetahabientes puedan informarse sobre el contenido de estos.

12) ¿Según su opinión la fianza es una obligación principal o accesoria dentro del contrato de tarjeta de crédito?

Es accesorio. Inclusive, la no aceptación por parte del fiador a las modificaciones del contrato dentro del plazo estipulado liberará a éste de sus obligaciones respecto de esta modificación.

13) ¿Conoce usted en qué casos se encuentra supeditado la solicitud de una garantía accesoria como la fianza en un contrato tarjeta de crédito?

La norma no hace distinción en este sentido, solo contempla la posibilidad de incluirlo o no. Es un tema de las partes contratantes.

14) ¿Según su opinión cuál es el límite de la solidaridad de la fianza mercantil en un contrato de tarjeta de crédito?

El límite lo constituye lo pactado. Las modificaciones a lo pactado están sujetas a aceptación. La no aceptación por parte del fiador a las modificaciones del contrato dentro del plazo estipulado liberará a éste de sus obligaciones respecto de esta modificación.

15) ¿Cuál considera usted es el límite de responsabilidad del fiador de una tarjeta de crédito?

Misma anterior.

16) ¿Conoce usted qué prevalece, si la solidaridad de la fianza mercantil o el límite de sobregiro pactado dentro del contrato de tarjeta de crédito?

Son cosas distintas, y no está sujeta una a la otra. Se reitera lo anterior. El límite lo constituye lo pactado. Las modificaciones a lo pactado están sujetas a aceptación. La no aceptación por parte del fiador a las modificaciones del contrato dentro del plazo estipulado liberará a éste de sus obligaciones respecto de esta modificación.

17) ¿Según su criterio puede obligarse al fiador por más que el deudor principal en un contrato de tarjeta de crédito?

El límite lo constituye lo pactado. Las modificaciones a lo pactado están sujetas a aceptación. La no aceptación por parte del fiador a las modificaciones del contrato dentro del plazo estipulado liberará a éste de sus obligaciones respecto de esta modificación.

Apéndice E

Entrevista transcrita realizada a manera de comunicación personal a la Licenciado Kattia Chaves jefa del Departamento de Educación del Consumidor y ventas a plazo, 8 de marzo del 2019:

1) ¿Conoce usted si los contratos de adhesión de tarjeta de crédito incluyen el límite del monto por sobregiro?

No no estoy segura.

2) ¿Según su experiencia las modificaciones al límite de crédito del contrato de tarjeta de crédito son comunicadas al fiador de la tarjeta de crédito? ¿Si es así, por qué medio?

No son comunicadas.

3) ¿Considera usted adecuada la práctica bancaria de modificar límites de crédito para el uso de tarjeta de crédito sin solicitud del usuario?

Debería de consultarse al consumidor y que el manifieste de previo si está de acuerdo con esa variación de la contratación, porque es una variación sustantiva de las condiciones de la contratación inicial.

4) ¿Según su criterio de existir cambios en el límite de crédito, debe de modificarse el contrato original de tarjeta de crédito?

Sí, es una variación sustantiva.

5) ¿Conoce usted si el decreto sobre tarjetas de crédito 35867-MEIC es ley especial? ¿Según su criterio prevalece sobre código de comercio?

Así no debe de interpretarse la normativa, porque a ley 7472 es una ley especial en el art 44 contempla algunas especificidades que deben constituirse en las tarjetas de crédito y además se tiene toda la facultad y previsión legal para dictar reglamentos, entonces el reglamento de tarjetas de crédito es complementario a la ley 7472, primero rige ley especial por general.

6) ¿Opina usted que en caso de existir modificación al límite de crédito se constituye un incumplimiento contractual?

Pudiere ser, si el consumidor no consiente, relación de consumo debe de haber manifestación de la voluntad y en ambas partes uno que quiere modificar y otro que acepte dicha modificación, pese a que el contrato tiene naturaleza adhesiva, con mayor razón el consumidor debe manifestar si esta de acuerdo o no, no puede ser impuesto.

7) ¿Según su criterio que constituye sobregiro en una tarjeta de crédito?

Es cuando se permite superar ese límite que tiene la tarjeta, ese monto límite de crédito en el cual no debería sobrepasar, esto tiene implicaciones porque hablamos de un crédito revolutivo que genera intereses.

Acaban de identificar el sobregiro en una tarjeta de debito, y es imposible se tiene que quitar y corregir.

El adelanto de salario es distinto a la naturaleza de la tarjeta de debito y de la naturaleza de tarjeta de crédito, ya que han agarrado estas tarjetas y les han puesto una serie de cosas paralelas aliadas a la tarjeta, son servicios financieros diferentes, con condiciones diferentes, contratación aparte. No son accesorias son relaciones distintas.

Se debe consentir por aparte no debe ir asociado a la tarjeta de crédito.

Desde el punto de vista jurídico es un servicio aparte.

8) ¿Según su criterio qué documentos se le deben de entregar al fiador a la hora de garantizar el contrato de tarjeta de crédito como respaldo?

Puede no dársele el contrato ya que ese debe de dársele al tarjetahabiente, pero si debiese de generarle un documento informativo que diga por cuanto se esta obligando, porque lo están poniendo a firmar un documento para obligarse, es una relación de tarjeta de crédito donde el consumidor o tarjetahabiente se está obligando a un monto límite del crédito, a menos de que el contrato incluye el monto límite de sobregiro que depende de redacción del emisor de la tarjeta.

9) ¿Según su opinión la fianza es una obligación principal o accesoria dentro del contrato de tarjeta de crédito?

Accesoria, ya que en tesis de principio el que está obligado es el tarjetahabiente que se supone que tiene ingresos para pagar, en este punto de vista tendría garantizado un primer pago, lo otro entra a funcionar únicamente si lo primero no funcionó.

10) ¿Conoce usted en qué casos se encuentra supeditada la solicitud de una garantía accesoria como la fianza en un contrato tarjeta de crédito?

Ya no es muy frecuente son pocas las entidades financieras que suelen pedir fianza, se utiliza más el pagaré en el mercado, porque se analiza el contenido del texto del pagaré que no sea automático.

11) ¿Según su opinión cuál es el límite de la solidaridad de la fianza mercantil en un contrato de tarjeta de crédito?

Se puede entender que la fianza es solidaria, pero es un punto discutible el tema de la manifestación de la voluntad de quien suscribe la fianza, porque suscribe la fianza bajo unas condiciones que en el futuro pueden variar, esas condiciones esenciales de la contratación que varíen en el futuro deberían de ser consultadas, porque adicionalmente eso tiene un efecto rebote en el riesgo de la entidad emisora de la tarjeta, porque ese riesgo que inicialmente lo tenía en nivel 1 poco probable, puede subir a nivel 4 y muy probable que no pueda pagar el monto por el cual se le está subiendo al tarjetahabiente el límite de crédito.

12) ¿Según su criterio puede obligarse al fiador por más que el deudor principal en un contrato de tarjeta de crédito?

En el contexto de que haya una variación de las condiciones esenciales de la contratación pues en tesis de principio no debe variarse, ahora desde la perspectiva de ese departamento del MEIC se hace un llamado a los consumidores a que entiendan como funcionan la fianza, a que entiendan que se están obligando a pagar una deuda en caso de que el titular no lo haga y que va a producir una implicación en su presupuesto, va muy ligado a la educación financiera, adicionalmente el derecho de consumo y los derechos del consumidor son constitucionalmente garantizados en el artículo 46 y desde ese punto de vista son irrenunciables y cualquier información que sea oscura, poco clara no veraz e induzca al consumidor a engaño debe ser interpretado a favor del consumidor, en este contexto de protección de los derechos del consumidor cualquier cosa que no esté bien se debería por no opuesta y favorece los derechos del consumidor, quien tiene que cuidarse de informar

de manera adecuada es la entidad financiera o comercio, además del fiador de conocer sus derechos para poder hacer uso de estos ante un proceso monitorio. Además, que si el fiador no puede pagar un patrocinio letrado desde ese punto de vista lo único que le queda es asumir la obligación a pesar de que haya un defecto en todo el proceso en donde este ni siquiera conoce y que adicionalmente de alguna forma le perjudica.