



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ

TITULO DE LA TESIS

“LA REGULACIÓN DE LA LIBERTAD DE ELECCIÓN EN CONTRATOS ACCESORIOS DE MUTUO HIPOTECARIO ENTRE EL CONSUMIDOR BANCARIO Y LA NOTARIA GENERAN INEFICIENCIA AL MERCADO”

Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Bancario y Financiero

AUTORA

Elba Sissi Acevedo Rojas de Chávez

ASESOR

Edison Paul Tabra Ochoa

LIMA – PERÚ

2017



RESUMEN

El principal objetivo de esta investigación ha sido demostrar que la libertad de Elección notarial para celebrar un contrato accesorio de Constitución de garantía hipotecaria luego de haberse realizado un contrato principal de mutuo hipotecario con una entidad bancaria o financiera en nuestro país, es eficiente y se sustenta teniendo como base el Análisis económico del Derecho.

Se demostró que existen limitaciones a la libertad de contratación notarial por parte de las entidades bancarias, dicha restricción se manifiesta al momento que el consumidor bancario quiere elegir una notaría de su preferencia cuando decide celebrar el contrato accesorio. Dicha restricción que la entidad bancaria realiza al consumidor da como resultado la reducción de diversos costos de transacción como: gastos administrativos para el banco, tiempo de búsqueda para el consumidor, menores costos de arancel Notarial, menores costo del crédito, menores costos de traslado del banco a la notaría, reducción del stress y otros.

Partiendo de un análisis comparativo con España, se evidencia que la libertad de elección notarial se encuentra regulado por el estado con el fin de que todo consumidor bancario luego de haber realizado un contrato de mutuo hipotecario con la entidad bancaria, no vea restringido su derecho de elección notarial, ya que como afirman los Colegios de Notarios españoles, las entidades bancarias presentan enormes incentivos para que los consumidores no ejerzan sus derecho de libertad de elección notarial. Además, debido a que el arancel notarial se encuentra regulado, es más difícil que las entidades bancarias puedan vulnerar dicho derecho, sin embargo, al consumidor bancario aún le cuesta reconocer la calidad del servicio notarial.

Los resultados de nuestra investigación demostraron que pese a que existe limitaciones a la libertad de contratación en la elección de servicios notariales por parte de la entidad bancaria o financiera, existe un mayor beneficio no solo económico sino además, de reducción de costos de transacción para el consumidor bancario y la sociedad en general. Por lo que, si se buscara regular la libertad de elección notarial para realizar contratos accesorios derivados de contratos de mutuo hipotecario con una entidad bancaria en nuestro país, los únicos beneficiados serían las notarías, que eso explicaría por qué buscan regular algo que hasta el momento resulta siendo eficiente.

Palabras clave; Libertad de Contratación, Libertad de elección, Notarías, Bancos, Análisis económico del derecho, eficiencia, Consumidor, Regulación, Contratos.



**A Hugo Martín, mi esposo,
Gracias por tu apoyo incondicional
en esta nueva aventura...**



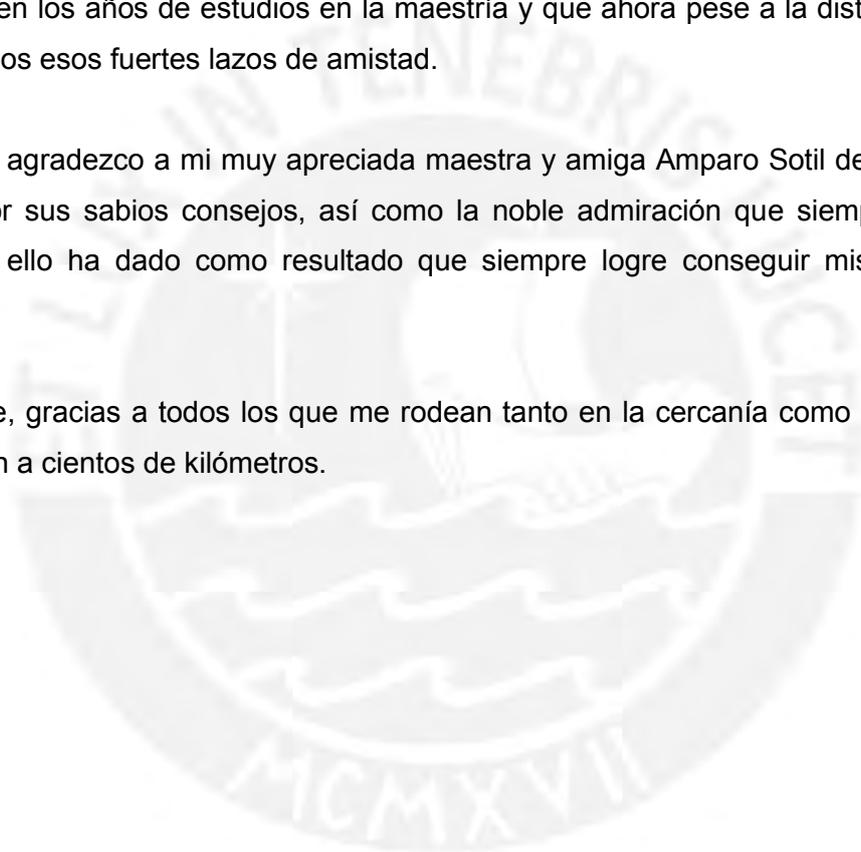
AGRADECIMIENTOS

Aprovecho también en este espacio para agradecer a Bruno Edoardo Debenedetti y Edison Paul Tabra Ochoa por su valiosísima ayuda en el desarrollo, concreción y consumación de esta investigación; pues, gracias a sus acertados comentarios y correcciones esta investigación pudo llegar a buen puerto.

Por otro lado, quisiera agradecer a mi muy estimada amiga Sarita Chaparro, que fue quien me dio la idea del tema a investigar, gracias por ser una gran amiga y por tenerme paciencia en los años de estudios en la maestría y que ahora pese a la distancia, aún mantenemos esos fuertes lazos de amistad.

Asimismo, agradezco a mi muy apreciada maestra y amiga Amparo Sotil de Pacheco, gracias por sus sabios consejos, así como la noble admiración que siempre me ha mostrado, ello ha dado como resultado que siempre logre conseguir mis objetivos trazados.

Finalmente, gracias a todos los que me rodean tanto en la cercanía como los que se encuentran a cientos de kilómetros.



INDICE

“LA REGULACIÓN DE LA LIBERTAD DE ELECCIÓN EN CONTRATOS ACCESORIOS DE MUTUO HIPOTECARIO ENTRE EL CONSUMIDOR BANCARIO Y LA NOTARIA GENERAN INEFICIENCIA AL MERCADO”

Introducción10
Capítulo I	
La Libertad de Contratación en el Ordenamiento Peruano16
1.1 La Libertad de Contratación desde la Perspectiva Constitucional18
A. Concepto de Libertad de Contratación20
B. Características22
C. Rol del estado26
1.2 Libertad de Contratación desde la Perspectiva Civil28
1.2.A Definición28
1.2.B. Finalidad27
1.2.C Formalidad29
1.2.D Libertad Contractual31
1.3 La Libertad de Contratación desde la Perspectiva Económica33
i. Libertad como autolimitación33
ii. Igualdad de intereses, maximización de beneficios35
iii. Respeto a los acuerdos36
iv. Consecuencias intervencionistas37
1.3.1 La Regulación a la libertad de contratación38
1.4. Libertad de Contratación: en la Selección de los Servicios Notariales40
1.4.1. Concepto de Libertad de Elección41
1.4.2 Características de la Libertad de elección Notarial42

A. Función Pública42
B. Respeto a la voluntad de las partes42
C. Seguridad Jurídica43
D. Servicio de Confianza43
1.4.3 Problemática44
1.4.4 Promotores de la Regulación45
A. Colegio de Notarios de Lima45
B. Ex Parlamentaria Elsa Capuñay46
C. Comisión de defensa del Consumidor47
1.4.5 Promotores de la Autorregulación.49
A. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI49
B. Superintendencia de Banca, Seguros y AFP’S (SBS)50
C. La Asociación de Bancos del Perú (ASBANC)51

CAPITULO II

ANALISIS NORMATIVO DE LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN EN LOS SERVICIOS NOTARIALES EN PLANO JURÍDICO ESPAÑOL57

2.1. La Libertad de Contratación en el plano Constitucional57

A. concepto57

B. Características59

2.2 Libertad de Contratación: plano Civil62

A. Características de los Contratos62

A.1 Autonomía Privada

A.2 Libertad de Contratación63

A.3 obligatoriedad entre las partes64

2.3 Libertad Contractual desde el Enfoque Económico65

2.4 Libertad de Contratación en los Servicios Notariales68
2.4. 1 Concepto68
2.4.2 Características70
2.4.3 Funcionamiento en el mercado Español72
2.4.4 Problemática74
2.4.5 Enfoques:75
A. Consumidor75
B. Bancario	
C. Notarial77
2.5 Comparación del ejercicio de la Libertad de Contratación en el Perú y España79

CAPITULO III

LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN EN LOS SERVICIOS NOTARIALES Y EL CONSUMIDOR FINANCIERO

84
3.1 Consumidor Financiero84
3.1.1 Concepto85
3.1.2 Características87
A. Contratante débil87
B. Afectado por la Asimetría informativa88
3.1.3 Principios89
3.1.4 Derechos del Consumidor Financiero91
3.1.5 Obligaciones93
3.1.6 Enfoques94
3.2 Legislación peruana97
3.3 Legislación española99
3.4 La libertad de Contratación de Servicios notariales y el interés del Consumidor Financiero101
3.4.1 La Libertad de Contratación de servicios Notariales y el interés del consumidor financiero en el Perú101
A. El consumidor financiero y el servicio notarial102
B. El numerus clausus del servicio Notarial y el Consumidor103

C.	Los contratos informales entre el banco y la Notaría106
D.	La Libertad de Contratación109
3.4.2 La Libertad de Contratación de servicios notariales y el interés del consumidor financiero en España		
	113
A.	Consumidor Financiero Español113
B.	El consumidor financiero y el servicio Notarial114
3. 4.3 La Libertad de Contratación del Servicio Notarial diferencias entre España y Perú		
	116
Conclusiones	120
Bibliografía	125
Anexos		



INTRODUCCIÓN

Dentro de la Libertad de Contratación se encuentra la de elección, la Libertad de Contratación significa que el Estado otorga libertad a los privados a fin de que se autorregulen en la búsqueda de la maximización de sus beneficios y siempre que cumplan sus prerrogativas, como es contratar con fines lícitos y que no contravengan leyes de orden público. Respecto a la Libertad de Elección, vendría a ser la disposición de la libertad de contratar con quien queremos, dicha disposición también puede ser desplazada a quien consideremos que puede hacerlo mejor que nosotros con la finalidad de que existan repercusiones positivas. Ambas libertades son entregadas al Consumidor por el Estado y se encuentran amparados Constitucionalmente.

La tesis analiza el ejercicio de la Libertad de Elección de los servicios notariales llevados a cabo por los consumidores bancarios. El consumidor bancario o financiero, es aquella persona natural o jurídica que utiliza los servicios del sistema de intermediación indirecta, los bancos, con la finalidad de satisfacer sus necesidades personales o empresariales. Dicho consumidor se encuentra premunido en su derecho Constitucional de Libertad de Contratación sin embargo, la Libertad de Elección del Notario no existe en la constitución como tal. La elección del servicio notarial, sucede luego de que se realiza un contrato de Mutuo hipotecario con la entidad bancaria o financiera, dicha elección estará en manos de la entidad bancaria que se encargará de derivar al consumidor bancario a una Notaría en especial con el cuál realizará un contrato accesorio, como es la constitución de la escritura pública. Con el fin de que la entidad de intermediación indirecta pueda asegurar el retorno del dinero desembolsado a través del crédito otorgado, es que deriva al consumidor financiero a un Notario Público que considera que es más eficiente para la realización del contrato accesorio, pues de esta manera la inscripción de la garantía ofrecida para el pago del contrato principal se encontraría a buen recaudo.

Creemos que es importante realizar una distinción entre Consumidor, usuario o cliente del Consumidor bancario o financiero, ya que esta diferencia nos ayudará a entender que el concepto del primero es muy limitado y discriminador de un tipo de consumidor que es necesario incorporar dentro del Código de Protección al Consumidor y en el Reglamento de Transparencia de la Superintendencia de Banca, seguros y AFPS¹ del Estado peruano. En nuestra investigación desarrollamos esta diferencia con

¹ Resolución 8181-2012 SBS

la finalidad de poder explicar quién exactamente es el que se encuentra premunido de realizar el contrato accesorio con la Notaría luego de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria.

Como hipótesis de trabajo consideramos que si bien es cierto existe restricción al derecho Constitucional de libertad de contratación, sin embargo, es preferible que prevalezca la disposición del consumidor bancario de su derecho para que un tercero como el banco elija por él con el fin de maximizar sus beneficios, dado que la regla general es que todos somos maximizadores de beneficios y adversos al riesgo. Por lo que creemos que un contrato resulta eficiente cuando nos lleva a una mejor situación de lo que estaríamos si no hubiésemos contratado. Es por ello que el resultado de la derivación que hace la entidad bancaria al consumidor para que contrate con un Notario que ella considera, es más conveniente y en consecuencia, resulta eficiente.

El enfoque de la tesis ha usado el criterio del Análisis Económico del Derecho, además, se presenta una investigación analítica, comparativa y crítica. Se ha comparado los estudios de dogmática del Derecho de Libertad de contratación entre Perú y España así como el de la Libertad de Elección de los servicios Notariales. Hemos elegido a España en primer lugar porque los que buscan la regulación de la Libertad de Elección Notarial en el Perú, toman como modelo a España debido a que en ese país dicha Libertad de elección se encuentra regulada por el Estado, eso implica que los consumidores están obligados a elegir la notaría que les resulte más conveniente independientemente de los pagos del arancel notarial, dado que estos también están regulados; segundo, porque dicho modelo económico se encuentra en las antípodas del nuestro, es decir, si bien en ambos países se promueve una economía de mercado, no obstante en España existe intervención estatal y la iniciativa económica es pública.

La tesis ha sido desarrollada en tres capítulos. El primer capítulo, ha estudiado la Libertad de contratación desde la perspectiva Constitucional, Civil-económica, Administrativa y Notarial peruana; donde se aprecia que la Constitución y demás normas garantizan la protección a este derecho a través de la iniciativa privada, es decir, que el Estado promueve que sean las partes intervinientes en un contrato quienes decidan que es mejor para ellos respecto a la maximización de sus intereses. Además, se ha trabajado el tema de la Libertad de contratación en la elección de los servicios notariales que se da cuando se requiere realizar la constitución de la hipoteca producto de un contrato principal, como es el contrato de crédito. Se analizarán dos posturas opuestas sobre la libertad de contratación en la elección de servicios notariales. La primera

postura que busca la regulación del contrato accesorio son los proyectos de Ley N° 3794/2014 –CR y N° 3447/2013-CP que son promovidos por la ex parlamentaria Esther Capuñay Quispe, quien perteneció al grupo parlamentario Solidaridad Nacional y por el colegio de Notarios de Lima respectivamente². Ambos se han manifestado sobre la Libertad de Elección notarial en la contratación de servicios notariales derivados de servicios financieros. Dichos proyectos surgen como desacuerdo a la privación a elegir al Notario de su preferencia cuando se realizan contratos de crédito hipotecario con una entidad bancaria o financiera. Ambos proyectos de ley concuerdan en que es el consumidor o usuario el que debe elegir al Notario y no lo debe hacer la entidad bancaria ya que, es el usuario quien se encargará de pagar los aranceles notariales. Además, señalan que la restricción que realizan los bancos al usuario atentan contra el orden Constitucional que se manifiesta cuando no se le permite al usuario o consumidor bancario elegir la notaría que más le convenga pese a que es éste quien paga los aranceles notariales.

Por otra parte, los que están a favor de que la autorregulación continúe son entidades administrativas del Estado, como la SBS e INDECOPI ello se manifiesta en el Dictamen de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de Servicios Públicos –CODECO (Periodo anual de sesiones 2014-2015) – así también en los INFORMES N° 054-2014 DPC/INDECOPI y N° 083-2014 DPC/INDECOPI en los cuales INDECOPI realiza sus apreciaciones de los Proyectos de Ley mencionados líneas arriba, donde sugiere un mayor análisis a su afán de regulación. Asimismo, fundamentan que la forma como hasta ahora se está llevando a cabo la realización del contrato accesorio resulta ser más beneficiosa para el consumidor bancario. Señalan también, que de aprobarse los proyectos de Ley que buscan la regulación, estarían perjudicando al consumidor bancario que supuestamente buscan beneficiar ya que, el crédito se encarecería y la sociedad en general se encontraría en una peor situación.

En el capítulo II hemos desarrollado el Derecho de Libertad de contratación en el caso español, hemos recurrido a la Perspectiva Constitucional, Civil, Administrativa y Notarial para llegar a la conclusión que la Libertad de contratación en España no es un derecho reconocido de manera explícita sino que se sustenta en base al derecho de la Libertad empresarial, aunque éste tampoco es considerado como un derecho fundamental en el plano constitucional. Sin embargo, la Libertad de Elección que es un derecho que se encuentra dentro del derecho de Libertad de Contratación, se encuentra

² Hasta el momento ambos proyectos de Ley se encuentran en las comisiones de Defensa del Consumidor y Justicia del Congreso.

ampliamente regulado sobre todo en el plano notarial. Pues los Notarios promueven que el único que disponga de ese derecho sea el consumidor bancario, dado que es él quien paga los aranceles notariales además, que dichos aranceles se encuentran regulados por el Estado. Es importante advertir, que la protección a la Libertad de contratación Española que advertimos líneas arriba, se encuentra dentro de la Libertad de empresa y se encuentra estipulado en el artículo 38° de la Constitución vigente que data desde 1978 donde se reconoce la Libertad de empresa en el marco de la economía de mercado; además en el artículo 131° establece que el Estado podrá planificar la actividad económica general ; en el artículo 128°.2 se refiere a la iniciativa pública en la actividad económica; y el artículo 51° dispone que el Estado podrá corregir los efectos disfuncionales del mercado reservándose monopolios, defendiendo a consumidores y usuarios y regulando el comercio interno, o atendiendo a la modernización y desarrollo de todos los sectores. Lo que nos lleva a concluir que el Estado autorizado por la Constitución Española tiene las prerrogativas para regular e incluso intervenir el mercado con la finalidad de garantizar las condiciones que consideren óptimas para su economía. A grosso modo, podemos percatarnos las tendencias opuestas en ambos países respecto a la Libertad de contratación en la elección de los servicios Notariales, para el caso español, ésta se encuentra regulada y en el caso peruano la autorregulación es la que hasta el día de hoy es la que se procura.

Los resultados de ambos sistemas doctrinarios serán contrastados con el fin de poder distinguir la aplicación del derecho de Libertad de contratación en la elección de servicios notariales en las legislaciones Española y peruana con la finalidad de demostrar que es mejor la Autorregulación peruana aunque se evidencie cierta restricción a la libertad de contratación, respecto a la española que está regulada y obliga al consumidor escoger al notario incurriendo en una serie de costos adicionales al arancel notarial.

Finalmente, en el capítulo III pondremos en evidencia nuestra hipótesis, a través de la cual demostraremos que es más eficiente que las entidades bancarias o financieras en representación del consumidor bancario sean quienes elijan el servicio notarial, en vez que sean los consumidores bancarios quienes se encarguen de contratar directamente con la Notaría para llevar a cabo la constitución e inscripción de hipoteca. Destacaremos también, que es necesario conceptualizar al consumidor bancario y diferenciarlo del consumidor común debido a que éste es uno de los protagonistas³ para el desarrollo específico del contrato de crédito hipotecario y

³ Los otros protagonistas son: la entidad bancaria o financiera y la Notaría

posterior contrato con la Notaría. Además, trabajaremos en base al Análisis económico del Derecho con la finalidad de demostrar dos situaciones: el primero, que bajo este análisis los costos de transacción son menores cuando el consumidor bancario dispone de su derecho de Libertad de contratación para que el banco pueda elegir el servicio Notarial y; segundo, los costos de transacción son mayores si es que los consumidores bancarios son obligados a contratar de manera directa con el servicio notarial de su elección. Adicionalmente, en la segunda situación, traería como resultado un encarecimiento del crédito dado que los mayores costos de transacción se reflejarían en una subida de la tasa de interés que el consumidor bancario tendrá que asumir, de lo contrario no podrá adquirir dicho préstamo.

Es importante traer a colación que el día de hoy la forma de contratación ha ido evolucionando a la par del crecimiento económico, eso conlleva a que la forma de contratar paritaria se vea disminuida por otra forma de contratación más acorde a la economía vigente, es decir, la contratación masiva, llamada también contratos con cláusulas generales de contratación o contratos de adhesión, que están acelerando el tráfico económico generando así una reducción de costos de transacción, como la notoria disminución en el tiempo de negociación. No obstante, en dichos contratos el consumidor bancario no tiene poder de negociación solo de aceptación o rechazo al contrato, y por ello se le considera en una posición vulnerable o débil respecto a la entidad bancarias. Debido a la complejidad del contenido de estos contratos en masa, suelen existir cláusulas abusivas que ocasionan perjuicio al consumidor bancario, por ejemplo a veces se incluyen cobros por servicios que la propia entidad bancaria debería asumir dado que es su trabajo, sin embargo busca trasladarlos al consumidor, estos cobros indebidos se producen porque muchas veces el consumidor no lee el contrato o porque estas cláusulas suelen estar hechas para que sea un abogado quien las lea. Es por ello, que frente a este tipo de situaciones el Estado busca actuar de dos maneras: primero, permitiendo que las partes involucradas se autorregulen en sus contrataciones, es decir, que sean los privados quienes se encarguen de resolver sus posibles desacuerdos entre ellos sin que exista intromisión estatal y, segundo protegiendo al consumidor bancario a través de sus organismos reguladores como la SBS o INDECOPI solo si como resultado de la contratación el banco abusa de su posición de contratante fuerte.

Es importante mencionar que hasta el momento no existe otra investigación en el Perú sobre la Restricción que ejercen las entidades bancarias en la Libertad de

Contratación notarial, no obstante, existen investigaciones realizadas por INDECOPI⁴ que han sido de gran utilidad para nuestra investigación ya que muestran la realidad de los Servicios notariales en nuestro país y su desenvolvimiento en el mercado. Para el caso Español, hemos podido encontrar mayor información al respecto, sin embargo los encargados de difundir la información sobre el derecho a la libertad de elección, es el gremio notarial Español.

⁴ DOCUMENTO DE TRABAJO N° 01-2014 (2014). "Relación entre el número de rivales y el precio: El Caso de los Servicios Notariales. Gerencia de Estudios Económicos. Junio – INDECOPI y DOCUMENTO DE TRABAJO N° 01-2010/GEE (2011). "¿Cuál es el nivel y grado de competencia en el mercado de servicios notariales?" Gerencia de Estudios Económicos Agosto. INDECOPI

CAPITULO I

LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

La Libertad de contratación, está protegido en la Constitución peruana así como demás ordenamientos; dicha Libertad se ve expresada en las relaciones contractuales en el que incurren los privados. Debido a que la Constitución Peruana fomenta la iniciativa privada, ésta solo puede pretender regular la conducta de las partes cuando su relación contractual no respete el ordenamiento, ni las buenas costumbres.

Hoy en día las personas usan los contratos de manera frecuente y muchos de estos contratos son llevados a cabo de manera automática es decir, no se requiere saber a cerca del concepto de contrato plasmado en el Código Civil y menos acerca de los plazos, objeto, manifestación de voluntad, etc. Cuando realizamos una transacción. Como por ejemplo: subirse a un bus y pagar el pasaje, comprar un menú, pagar la matrícula así como la pensión en una universidad, etc. Contratamos sobre bienes y servicios, ya sea porque estos son de primera necesidad, secundarios o simplemente accesorios Y cuando lo hacemos limitamos nuestra Libertad con la finalidad de que la otra parte también lo haga para que podamos cumplir lo previamente acordado. Pero cuando alguna de las partes incumple lo pactado, el Estado brinda protección jurídica siempre y cuando las partes lo soliciten o dicho pacto vaya en contra del ordenamiento y las buenas costumbres.

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce la Libertad de los particulares, es decir, respeta la autonomía privada⁵ a través de la Libertad de contratación con la finalidad de que los individuos puedan regular sus propias relaciones jurídicas de manera organizada y libre para alcanzar sus propios objetivos. La voluntad privada y la de la ley no presentan dicotomías, dado que el papel del segundo, es poner límites externos a la autonomía contractual⁶.

⁵ Si bien el concepto de "autonomía privada" no se encuentra explícito dentro de la Constitución peruana, sin embargo, podemos apreciarla dentro del marco de la Libertad de contratación. En la doctrina contemporánea la autonomía privada está desplazando a la "autonomía de la voluntad" debido a que en la actualidad los contratos en masa están reemplazando a los contratos tradicionales, donde el contenido del contrato es redactado por una de las partes y simplemente aceptada por la otra. Por lo tanto, al aceptarse dicho contrato por la parte adherente, éste no representa verdaderamente su voluntad.

La autonomía privada se sustenta en dos fundamentos: una, de orden ético- político y la segunda, económica. Respecto a la primera, rescata la Libertad individual así como si se encuentran facultados para disponer de sus bienes. Respecto al segundo, al disponer de sus propios bienes los privados, tendrán ventajas económicas. Véase en LEYVA SAAVEDRA, José. "Autonomía Privada y Contrato". Revista Oficial del Poder Judicial. Año 4-5, N° 7/2010-2011 págs.267-290

⁶ LEYVA, José. Óp. Cit. P. 272

Según la Real Academia de la Lengua Española (RAE) “Libertad, es la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y no de obrar, por lo que es responsable de sus actos. En otra acepción señala además, que en los sistemas democráticos, es el Derecho de valor superior que asegura la libre determinación de las personas. Con respecto a la Libertad de comercio, señala que es la posibilidad de realizar transacciones mercantiles en las condiciones libremente elegidas por las partes dentro de un marco legal”⁷.

En síntesis, La RAE define la Libertad como la libre determinación de los individuos para realizar cualquier tipo de actos sin la necesidad de que un tercero como el Estado intervenga en sus transacciones, pues nadie mejor que los privados que pueden determinar qué es lo que más les conviene.

Para Carlos Fernández Sessarego (2015), La Libertad, es considerada como el propio SER del individuo y ésta se proyecta al exterior a partir de una decisión subjetiva de la persona como sus actos y comportamientos. La Libertad supone que seamos responsables de nuestras decisiones y sus consecuencias. Dicha Libertad es irrenunciable. Sin embargo existen individuos que no soportan declararse responsables de actos libremente elegidos y decididos por lo que eligen trasladar sus futuras decisiones a otras personas que consideran que están más capacitados que ellos, para decidir pero no se percatan que al trasladar sus decisiones a otros, lo están haciendo de manera libre, es decir, están decidiendo libremente que otro tome decisiones por él⁸.

Fernández Sessarego, atribuye el concepto de Libertad a la persona desde el punto de vista ontológico decide sin cuestionamientos, sin imposición y con libertad por lo que podemos inferir que aquella Libertad es inherente al ser humanos y no un simple rótulo que se pueda disponer cuando a uno mejor le parezca. Pero hay que entender que cuando el ser humano hace uso de esa Libertad, ella generará consecuencias positivas o negativas. Por lo tanto, esa Libertad de decidir, elegir, disponer, etc. Se debe realizar de manera responsable así como los efectos generados deben ser asumidos por cada uno de nosotros.

⁷ Real Academia Española. (2014). Diccionario de la Real Academia Española. Madrid. Recuperado de <http://www.dle.rae.es>

⁸ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “¿Cómo proteger jurídicamente al ser humano si se ignora su estructura existencial?”. Revista PUCP. Ius et Veritas N° 50, Julio 2015 Págs. 88-99

Lo expuesto por Sessarego abre el camino para el análisis de nuestra investigación, en este capítulo de Libertad de Contratación manifestamos que poseemos Libertad, cuando tomamos decisiones o manifestaciones de voluntad y asumimos las consecuencias que hemos generado en base a esas decisiones –para el Derecho son consecuencias jurídicas- y en base a dicha Libertad, entregamos facultades a terceros, para que en nuestra representación, elijan por nosotros. El Estado permite ello, debido a que promueve la autorregulación entre los privados, y ello conlleva, que sean las partes quienes tomen decisiones sobre la forma, el modo, el plazo entre otros que desean contratar. Nos permite tener la Libertad de disponer de nuestro Derecho como creamos conveniente y que esto sea mejor para nosotros.

Así también, desarrollaremos la Libertad de contratación en los servicios notariales desde el punto de vista dogmático peruano como es el Constitucional, Civil, y demás normas administrativas como el código de Protección y defensa del Consumidor, la Ley de transparencia del sistema financiero y el Reglamento Notarial.

1.1 LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

A. Concepto de Libertad de Contratación:

Nosotros definimos La libertad de Contratación, como la capacidad de disposición de nuestro derecho de elegir con quién queremos contratar, para arribar a un acuerdo plenamente consentido con la contraparte, que tiene intereses contrarios, pero al igual que nosotros busca maximizar sus intereses.

Para el Profesor César Landa (1991)⁹, la Libertad contractual plasmada en la Constitución Política del Perú, es un acto privado donde coinciden voluntades que arribaran a un acto lícito. Por lo tanto, no solo se trata de una situación meramente económica, sino también asuntos que no son patrimoniales, como por ejemplo, la Libertad política, ideológica, filosófica, etc.¹⁰.

⁹ LANDA ARROYO, César. La Libertad de contratación “es un acto de orden civil, que está reconocido por el ordenamiento jurídico Constitucional, en tanto existe y es gestora de las relaciones personales y patrimoniales de los ciudadano”. véase en “Las sentencias del Tribunal de Garantías Constitucionales sobre la Constitucionalidad de la Ley de la Bolsa de Trabajo y los principios de igualdad y Libertad”. En: Revista Derecho THEMIS 45. 1991. p. 446.

¹⁰ Ibídem

La Libertad de contratación que se encuentra plasmada en el artículo 2° Inc. 14 de la Constitución Política del Perú señala lo siguiente: “A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público¹¹”. Y el Artículo 62° que dice lo siguiente: “La Libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. [...]”¹². Ambos deberían ser interpretados en forma conjunta según el principio de unidad de la Constitución¹³ ya que de esa manera nos ayuda a entender mejor el concepto de Libertad de contratación.

Desde la perspectiva del Tribunal Constitucional que define la Libertad de contratación como:

(...) el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo —fruto de la concertación de voluntades— debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público. Tal Derecho garantiza, prima facie: Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co celebrante; Autodeterminación para decidir, de común acuerdo [entiéndase: por común consentimiento], la materia objeto de regulación contractual (...) (Expediente 00008-2003-PI)¹⁴.

¹¹ Siguiendo al Tribunal Constitucional del Perú, expone que el orden público se encuentra cimentada en la Constitución Política del Perú, que la define como, “el modelo del comportamiento político, social y económico, así como las reglas de conducta de la sociedad; que busca que los integrantes de la sociedad puedan vivir de manera pacífica debido a los parámetros establecidos. Bajo dicho modelo, se respeta la pluralidad de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: La realización social de los miembros de un Estado. El orden público alude a lo básico y fundamental para la vida en comunidad, razón por la cual se constituye en el basamento para la organización y estructuración de la sociedad”. Véase en Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 03283-2003-AA, de fecha 15 de junio de 2004. Fundamento Jurídico 28.

¹² La Libertad de contratar se aprecia más claramente en el artículo 62° de la Constitución peruana.

¹³ De acuerdo con el Tribunal Constitucional “es necesaria una lectura sistemática de la Constitución que, acorde con lo citado, permita considerar que el Derecho a la contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances, incluso, no sólo por límite explícitos, sino también implícitos [...] Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú recaída en el Expediente 02670-2002-AA, de fecha 30 de enero de 2004. Fundamento Jurídico 3.

¹⁴ En la Sentencia del 11 de noviembre del 2003

El TC resalta que solo le compete a las partes el cómo deben celebrar el acto jurídico, es decir, debe existir plena Libertad de elegir con quien contratar; así mismo, la forma y el fondo sobre lo que van a contratar debe ser dejado a los privados, siempre y cuando no se vulnere el orden público. La intervención estatal en conjunto con el rol de los agentes privados, suele ser una figura que solo sirve para garantizar las condiciones en que se desenvuelven los actores¹⁵. Por tal motivo, dicha intervención al el mercado no debe ser inopinada o arbitraria, en cambio sí debe ser, racional, prudente y solo cuando se amerite, necesaria¹⁶.

B. CARACTERÍSTICAS :

B.1 AUTONOMÍA PRIVADA

Como hemos apreciado líneas arriba la Jurisprudencia Constitucional realiza una definición de Libre Contratación o Libertad de Contratar, destacando que mediante esta disposición del derecho la persona natural o jurídica –consumidor bancario–, puede decidir cómo, cuándo y con quién contratar – le denominamos Autonomía Privada–¹⁷ Siendo la autonomía privada una facultad de los sujetos de derecho que les permitiría elegir a su contraparte en una relación contractual que tenga como límite a los Derechos Fundamentales de la Persona¹⁸.

“La autonomía privada se sustenta en dos razones: una de orden ética-política y otra de orden económica”¹⁹. La primera destaca la libertad de las partes, quienes son los únicos que tienen las prerrogativas para decidir el modo y la forma de cómo van a llevar acabo el acuerdo; la segunda refiere, a cómo serán los privados que dispondrán mejor de su libertad, ya que lo que buscan las partes en términos económicos, es maximizar sus beneficios.

En base a ese razonamiento, el Estado no debe buscar intervenir en la

¹⁵ ÁLVAREZ MIRANDA, Ernesto. “El modelo económico de la Constitución Peruana”. Revista ius et veritas, N° 48, Julio 2014 pág. 261

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú recaída en el Expediente 00008-2003-PI, de fecha 11 de noviembre de 2003. Fundamento Jurídico 26, b.

¹⁷ Ibídem

¹⁸ Las sentencias del Tribunal Constitucional del 13 de marzo del 2003 y del 11 de julio del 2005, recaídas en los expedientes N° 976-2001-AA/TC y N.° 3330-2004-AA/TC, establecen que los Derechos Fundamentales de la Persona, constituyen límites infranqueables a la autonomía privada.

¹⁹ LEYVA SAAVEDRA, José. (2011) “Autonomía Privada y Contrato”. Revista Oficial del Poder Judicial. Año 4 -5 Pág. 270

contratación entre privados –personas naturales o jurídicas- pues, se debe dejar al libre albedrío de éstos. El Estado solo debe garantizar la tutela ante cualquier adversidad que se puedan presentar sobre dicha Libertad. Dicha Libertad de contratación, no es absoluta debido a que presentan las siguientes limitaciones: al orden público²⁰ y a otros Derechos fundamentales y bienes Constitucionalmente protegidos²¹. –como veremos más adelante– las limitaciones que se dan por parte del Estado, creemos que es con la finalidad de que exista un respeto a las normas establecidas, pues se tiene que tener en cuenta, que nuestra Libertad contractual no debe lesionar Derechos protegidos en la Constitución.

Existen dos posiciones antagónicas y una ecléctica respecto a la Autonomía privada, para Rodríguez & López la Libertad absoluta y el dirigismo total, sin embargo, la postura que tiene una mayor acogida incluyendo a la peruana²², es la Libertad contractual pero con limitaciones²³ (postura ecléctica). “La Libertad absoluta para contratar, se sustenta en el presupuesto de la igualdad de las partes, las que al contratar, restringen su propia Libertad y lo hacen porque quieren los efectos del contrato”²⁴. Bajo estas premisas las partes no requieren la intromisión estatal a través de la legislación – ya que genera a través de la norma, estipulaciones de obligaciones onerosas o perjudiciales- debido a que los privados han negociado libremente y en pie de igualdad. Añaden las autoras que, con el dirigismo total, que se anula el principio de la autonomía privada y la Libertad de contratar –dependiendo el país de que se trate y sus concepciones políticas y sociales- aquí se establecen en lugar de leyes supletorias, normas imperativas, que conlleva a que las partes se sientan coaccionados a aceptar las normas impuestas.

El tercer modelo, el ecléctico o intermedio –como el caso peruano- existe Libertad de contratación entre las partes, se respeta el acuerdo arribado entre ellos, sin embargo el Estado está como moderador, siendo el veedor de que se respete el orden

²⁰ Según Landa, el orden público se presenta como un límite a la autonomía de los privados, debido a que se sustenta en pautas de comportamiento político, económico, jurídico y cultural. En consecuencia, vendría a ser lo mínimo necesario para que la sociedad pueda convivir de manera pacífica, respetando el orden Constitucional establecido.

²¹ Según Landa, cuando se celebran contratos entre privados y éstos lesionan algún Derecho establecido en la Constitución, de plano será inválido o nulo. Lo que se pretende es que haya un equilibrio entre la autonomía privada y la Libertad contractual respetando los Derechos Constitucionales.

²² Según RODRIGUEZ, el principio de la Libertad de contratar tiene su máxima expresión a partir de la Revolución Francesa. El Código Civil francés sólo restringe la Libertad de contratar por normas de orden público y por las buenas costumbres

²³ RODRÍGUEZ OLIVERA, N Y LÓPEZ, C. (2004) “Autonomía de la voluntad”. En línea: <http://www.Derechocomercial.edu.uy>

²⁴ Loc. cit., idem

público y las buenas costumbres. El Estado solo puede intervenir en una relación contractual privada a pedido de parte, más no de oficio. Pues el Estado respeta y vela que se haya cumplido los presupuestos básicos de validez del acto jurídico.

B.2 ORDENAMIENTO JURÍDICO

Existe una relación tensa entre autonomía y ordenamiento; debido a que se presentan la “voluntad privada y voluntad de la ley”²⁵. La forma, el modo, etc. Son las condiciones en que los privados quieren llevar a cabo una transacción económica, que produzcan resultados no solo desde el aspecto económico y social, sino además del plano jurídico, que signifique que se garantizará la tutela jurisdiccional efectiva de los acuerdos arribados entre las partes, pero que no quieren ser respetados. Entonces los contratos privados trabajaran con la licitud y factibilidad de las negociaciones contractuales, de esta manera se prohíbe aquellos acuerdos que infrinjan normas legales obligatorias, como las normas de orden público y de buenas costumbres²⁶; es decir, aquellas prácticas negociales que trastoquen normas legales que se imponen a la voluntad de las partes²⁷ como: agente capaz, el objeto física y jurídicamente posible, la licitud, la observancia de la forma prescrita; esto significa que debe ser acatada esta imposición pública de lo contrario, el acuerdo arribado será nulo de plano.

Un ejemplo de lo recién mencionado se puede evidenciar en el artículo 62° de la Constitución Política del Perú, cuando señala lo siguiente: “La Libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato”. Allí el Estado introduce limitaciones a los privados que buscan contratar. El artículo 62° se rige bajo la teoría de los Derechos adquiridos²⁸, que se refiere a que cualquier norma posterior no puede interrumpir los efectos que el contrato está generando. Aquella teoría, se contrapone a la teoría de los Derechos cumplidos²⁹, que se refiere a que si una nueva norma entra en vigencia, la primera inmediatamente deja de surtir efecto al contrato pactado. Por lo tanto, el contrato que se realizó con la primera norma ahora se regirá bajo la segunda. En vista de la contradicción entre ambas teorías; Cesar Landa señala que debe prevalecer el acuerdo arribado entre los privados siempre y cuando se evidencie los siguientes requisitos: concertación de voluntades, licitud y no contravenga el orden público ni las buenas costumbres. Estos

²⁵ LEYVA SAAVEDRA, José. Óp. Cit. P. 271

²⁶ LEYVA SAAVEDRA, José. Óp. Cit. P. 273

²⁷ Requisitos de validez del acto jurídico Art 140° del CC peruano

²⁸ MARCIAL RUBIO CORREA “Aplicación de la Norma Jurídica en el tiempo”. PUCP, 2007. Pág. 27-30.

²⁹ Ibídem

requisitos indispensables, no podrán ser modificados por cualquier ley posterior a lo ya pactado.

Haciendo hincapié en lo previamente expuesto por César Landa, que manifiesta que las reglas de Argumentación Constitucional, poseen “normas de Principio” y “normas Regla” donde las segundas, dependen de las primeras que también son conocidas como premisa mayor. La interpretación de las normas regla, deben hacerse en base a la teoría de los Derechos cumplidos, dado que si entra en vigencia una nueva norma que torne el objeto del contrato o alguna estipulación contractual en contrario a lo establecido al orden público Constitucional, si sería factible oponerse a dicha norma legal, siempre y cuando ella se sustente en criterios de razonabilidad y proporcionalidad de acuerdo a la teoría de los hechos cumplidos³⁰.

¿Pero qué pasa cuando los mismos particulares en pleno uso de su Autonomía privada buscan renunciar a algún o algunos de sus Derechos fundamentales?³¹

Landa responde que debemos tener en claro la diferenciación entre “renunciar a la titularidad de los Derechos fundamentales” y “disponer de su ejercicio”, la primera se encuentra vetada por nuestra Constitución, debido a que dichos Derechos son inherentes a la persona –por ejemplo: a la vida, al nombre, a los beneficios sociales, etc.-. Por lo tanto, son irrenunciables. Respecto a disponer del ejercicio, éste si sería válido, sí y sólo sí, se presenten la siguiente figura: “ausencia de coacción física, moral o económica en la realización de la suscripción de determinados acuerdos”³².

Para poder entender mejor el concepto de la disposición del Derecho, pondremos el siguiente ejemplo, Susana que solicita un crédito con garantía hipotecaria al banco X y éste después de realizar el análisis de riesgo de Susana, le otorga el crédito. Para la Constitución e inscripción de la hipoteca, el banco le pide a Susana que contrate a un Notario; Susana, no sabe cómo reconocer la calidad de los servicios notariales, lo que conlleva de que no sepa si el precio que paga es el adecuado, ni tampoco sabe cuáles serán los requisitos y costos adicionales en que incurrirán por dicho trámite por lo que dispone del ejercicio de su Derecho de Libertad de Contratar Notario para que el banco lo haga por ella y pueda realizar los trámites respectivos

³⁰ LANDA, César. Óp. Cit. P. 315

³¹ LANDA, César. Óp. Cit. P. 318

³² Ibídem

ante la notaría.

La pregunta que ahora nos hacemos es si ¿Susana está renunciando a la titularidad de su Derecho de contratar libremente con el Notario de su Elección? La respuesta es negativa, pues no se está desprendiendo de su titularidad, sino que está limitando su ejercicio a cambio de disponer mejor sus recursos como: tiempo, dinero, traslado, es decir, ahorrándose la búsqueda del Notario porque para ella es más costoso hacerlo. Ahora ¿Susana estaría vulnerando alguna norma del ordenamiento jurídico? La respuesta sigue siendo negativa, ya que no existe algún tipo de coacción física, moral o económica en la realización de la suscripción del acuerdo.

En otra sentencia³³ el Tribunal Constitucional (2008) señala que:

Las limitaciones al Derecho de la libre contratación deben ser razonables, éste está reconocido en los artículos 2°, inciso 14), y 62° de la Constitución, el Tribunal ha destacado que este Derecho tiene su fundamento en el principio de autonomía de la voluntad, que a su vez tiene un doble contenido: a. Libertad de contratar, también llamada Libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quien se contrata; y b. Libertad contractual, también conocida como Libertad de configuración interna, que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato (.....) (FJ 52,53).

Lo recientemente acotado nos sirve como preámbulo para lo siguiente.

B.3 LIBERTAD CONTRACTUAL

La Libertad de contratación es una operación económica de tráfico de bienes y servicios, donde las partes primero hacen una evaluación interna de lo que quieren contratar –tienen Libertad contractual-, para luego exteriorizarlo en un acto, que traerá consecuencias jurídicas –contrato-. Entonces, dicho negocio jurídico es impulsado a iniciativa de las partes que buscan autonomía jurídica con la finalidad de autorregular sus propios intereses. Es por ello, que se debe resaltar la importancia de la autodeterminación y autorregulación en el uso de la Libertad contractual y de contratación, pues nadie mejor que uno mismo para saber qué intereses será maximizado.

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú recaída en el Expediente 00028-2008-AI FJ 52,53 y Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú recaída en el Expediente 01869-2010-AA FJ 5,6

Bajo esa tesitura el Tribunal Constitucional (2011), ha señalado que el contenido mínimo o esencial del Derecho a la libre contratación, se sustenta bajo las siguientes garantías: “Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante. Y la autodeterminación para decidir, de común acuerdo –consentimiento- la materia objeto de regulación contractual (...)”³⁴ (fjs 7,8)

Del examen anterior se advierte que el Tribunal Constitucional, refuerza el contenido sobre la Libertad de contratar cuando hace alusión a la Libertad de Elección que tienen las partes, es decir, la Libertad de elegir o de disponer de dicha Elección como creamos conveniente. Por ejemplo: si una de las partes del contrato se rehúsa a celebrar un nuevo contrato entre ellas, no supone una restricción del Derecho a la Libertad contractual, sino que se presenta “como una garantía que se encuentra dentro del ámbito protegido del mismo”³⁵. Además, nos queda claro que el TC defiende en sobremanera que son los privados que se encuentran premunidos para contratar con quien mejor les convenga así como qué contratar, ya que dicha contratación es posible siempre y cuando las partes confluyan en su voluntad y en la realización de aquella transacción no debe existir interferencia por parte del Estado, a menos que se falte a la legalidad y las buenas costumbres.

Asimismo, el Tribunal Constitucional afirma que la Libertad de contratación y contractual entre las partes debe ser la regla, entonces ¿por qué algunos sectores estiman que el ámbito de la actuación del estado debe ser la regulación en la contratación entre Notarías y Consumidores bancarios en específico?

Existen tres justificaciones a la regulación según Oscar Sumar “Eficiencia: asignar los bienes a sus usos más valiosos. Redistribución: dar más a los que tienen menos. Otras consideraciones de justicia: compatibilidad con los derechos fundamentales”³⁶. Nuestra tesis parte de la idea de que la Regulación en este caso, es ineficiente, creemos que un sector cuando busca regular una determinada autonomía privada –libertad de contratación-, es señal de restricción y por ende perjuicio al consumidor, al igual que Sumar, creemos que existen intereses económicos en juego

³⁴ SSTC N° 0004-2004-AI/TC, N° 0011-2004-AI/TC, N° 0012-2004-AI/TC, N° 0013-2004-AI/TC, N° 0014-2004-AI/TC, N° 0015-2004-AI/TC, N° 0016-2004-AI/TC y N° 0027-2004-AI/TC ; Exp. 02175-2011-AA FJ 7,8

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú recaída en el Expediente 01183-2008-AA FJ 4

³⁶ SUMAR ALBUJAR, Oscar & AVELLANEDA ROJAS, Julio. (2010) “Paradojas en la Regulación en el Perú”. Universidad del pacífico. Lima. Pág. 32-33

por parte del grupo que promueve la regulación, más aún cuando dicho grupo es el mismo gremio notarial. Y es que éste sector pro regulador, no considera ciertos criterios mínimos para regular como: las “fallas del mercado”, el “interés público” u otras consideraciones tradicionales³⁷ que justifiquen la regulación, sin embargo, el criterio para esta regulación según el gremio notarial es que se estaría vulnerando el derecho de libertad de contratación, que resulta ser el mismo que ellos estarían vulnerando.

En conclusión, nuestra Constitución promueve la Libertad de contratación según la teoría ecléctica de Rodríguez & López, pues si bien las partes son las que pactan libremente, es el Estado que se encuentra vigilante para que estos acuerdos vayan de la mano con el respeto a los lineamientos establecidos por el ordenamiento. De ello resulta necesario admitir que la Libertad de contratación se encuentra protegida por el modelo de economía social de mercado que poseemos y bajo esa premisa, un sector de la doctrina ve con buenos ojos que el Estado se mantenga al margen del acuerdo al que arriban los privados, en otras palabras, que el Estado no intervenga en la autorregulación de los participantes en la celebración de un acto jurídico, para que así los contratantes –privados-, haciendo uso de la autonomía privada y respetando el orden público y las buenas costumbres, sigan haciendo uso de su derecho constitucional y por ende que siga circulando el tráfico económico del país-.

C. ROL DEL ESTADO

El papel del Estado, respecto a la libertad de contratación es propiciar el respeto al modelo Económico de economía social de mercado que posee nuestra Constitución, donde se señala que nuestra economía se sustenta bajo tres principios i) responsabilidad individual, ii) solidaridad, iii) subsidiariedad³⁸. Respecto al primer principio, el Estado participa principalmente en ámbitos donde se evidencia desigualdades que provienen de los participantes del mercado, pero antes debe percatarse de que no todos los agentes de mercado se encuentran en las mismas situación de competencia, debido a que existen grupos económicos que manejan una situación de ventaja mayor a la de los demás, con una Libertad irrestricta que no es acorde con el interés general de la sociedad. Bajo este escenario el Estado debe actuar con cautela donde su principal objetivo debe ser buscar las condiciones necesarias

³⁷ SUMAR, Oscar & AVELLANEDA, Julio. Óp. Cit. Pág. 34 citan a Gaspar Ariño (2004): “La regulación, en general, hace siempre su aparición ante la inexistencia, los fracasos o fallos del mercado”.

³⁸ ALVAREZ MIRANDA, Ernesto. (2014). “El modelo Económico de la Constitución Peruana”. Revista PUCP Ius Et Veritas, N°. 48 págs. 256-260

para promover la competencia y actuar con un perfil regulador³⁹. En el segundo principio, el Estado se encuentra en su faceta de árbitro, donde su papel de interventor también se encuentra limitado a actuar solo cuando exista una restricción a este principio, el Estado debe tutelar y promover los Derechos fundamentales para que de esta manera se pueda consolidar la democracia. Sin embargo, el Estado no debe sobredimensionar la ayuda a los más necesitados, para Álvarez, el Estado debe preponderar el asistencialismo, para que de esta manera los más necesitados puedan sentirse amparados. Sin embargo, somos del criterio que la función subsidiaria del Estado debe ser lo último, ya que creemos que en base a la generación de incentivos se puede estimular la economía donde los privados sean los promotores de ello. Por lo tanto, el Estado debe promover la justicia distributiva en beneficio del bienestar común. Bajo el tercer principio, el Estado debe partir de la premisa: Libertad, lo más posible. Solo cuando las condiciones deseables de mercado no sean alcanzados por los particulares, el Estado debe intervenir conforme el principio de subsidiariedad y en base a incentivos. Aquí el Estado adquiere un nuevo rol con el fin de corregir alguna eventual distorsión que ha podido surgir en el desempeño de los privados en el mercado⁴⁰.

Para concluir, el papel que se le atribuye al Estado, es el de supervisor, debido a que el mercado suele presentar distorsiones y fallas que generan un mercado imperfecto, solo en estos escenarios y de manera excepcional, el Estado puede brindar el papel de regulador. De esta manera su función debe centrarse en amparar las Libertades económicas y contrarrestar el mercantilismo económico que suele alterar la eficiente asignación de recursos. Por lo tanto, el Estado debe generar las condiciones óptimas para que los actores privados se desenvuelvan con Libertad donde su intervención nunca sea antojadiza ni inopinada sino racional, medida y estrictamente necesaria⁴¹.

³⁹ Álvarez Ernesto, señala que el Estado tiene límites a su actuación en el mercado y solo lo hará bajo dos escenarios específicos, cuando se presenten distorsiones en el mercado y que se logren corregirlos y el segundo escenario, cuando se evidencie alguna injusticia social y el Estado pueda repararlo. Para el autor es importante delinear en qué casos el Estado debe intervenir en la economía, cómo y por cuánto tiempo, si es que después de una evaluación se ha llegado a la conclusión de que el Estado debe hacerlo. Si bien la Constitución respalda una moderada dosis intervencionista llamada regulación, se debe preponderar los Derechos fundamentales y demás principios que la Constitución protege. Por lo tanto, se debe subordinar el afán intervencionista con propósito populista al respeto de los principios impuestos por la Constitución.

⁴⁰ El Tribunal Constitucional se ha manifestado al respecto del principio de subsidiariedad del Estado en cuanto exista una necesidad real que los agentes de mercado bajo su papel prioritario no han podido remediar solo en ese caso el Estado emerge como garante final y actuará como empresario teniendo como condición su rol de subsidiario. Respetando lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú. Pues se espera que la iniciativa privada sea la principal responsable de la economía del país. Véase en STC N° 00034-2014-AI/TC

⁴¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1.2 LIBERTAD DE CONTRATACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA CIVIL

En primer lugar, partiremos de la definición de contratos que realiza el C.C. para luego estudiar la libertad de contratación y contractual desde el punto de vista económico.

A. DEFINICIÓN

La libertad de contratación exige que las partes tengan autonomía en la celebración de los contratos, es decir, para que se puedan ejecutar debe existir libertad de predisposición de elegir con quien se quiere y se hace con la persona que se quiere. El contrato no se debe imponer o coaccionar a las partes para la celebración de éste, se ejecuta en beneficio de ellas y no para beneficiar a una sola. Ahora, si se presentara el supuesto de que el contrato se celebró y una de las partes se vio perjudicada, la persona de acuerdo con el derecho investido puede recurrir a los tribunales para su resarcimiento.

Es imprescindible conceptualizar a los contratos, empezaremos con la definición, del profesor Max Arias-Schreiber (2004) ya que es un tratadista egregio en el ámbito nacional. Define al contrato como: “(...) el acuerdo entre dos o más partes relacionado con un objeto de interés jurídico. Su finalidad consiste en crear, modificar, regular o extinguir relaciones obligatorias y constituye el acto jurídico plurilateral por excelencia”⁴².

Otro tratadista trascendente en la doctrina peruana es el Profesor Manuel de la Puente y Lavalle (1984), que define el contrato como: “...el acuerdo entre dos o más partes sobre una declaración conjunta de una voluntad común destinada a crear, modificar, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”⁴³.

Ambos doctrinarios mencionados previamente, comparten similitudes respecto

⁴² ARIAS-SCHEREIBER PEZET, Max. (1998). “Exégesis del Código Civil Peruano de 1984”, T.I Edit. Gaceta Jurídica Editores, Lima – Perú, p.14 y ss.

⁴³ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. (1983). “Estudios sobre el contrato privado”, T. 1, Cultural Cuzco, Lima, p. 42.

a la definición en la contratación como: pluralidad de sujetos, manifestación de la voluntad y finalidad, definiciones que se equiparan a lo propuesto por el Código Civil peruano⁴⁴. Es importante recordar que la base de los contratos se encuentra en el Acto Jurídico, que nace cuando las voluntades de los sujetos desembocan en el mismo objeto con la finalidad de arribar a un acuerdo que posteriormente generará consecuencias jurídicas⁴⁵ de dicha definición propuesta por nosotros, podemos inferir que debe existir plena autonomía privada para poder crear como ejecutar un contrato donde solo las partes que integren el contrato sean las beneficiadas. Es necesaria que la voluntad de las partes sea respetada por el Estado, ya que solamente ellas pueden hacer una adecuada disposición de su derecho.

B. FINALIDAD

Concordamos con la finalidad de los contratos expuestos por Francesco MESSINEO (1986), ya que los contratos son “el centro de la vida de los negocios y el instrumento práctico que realiza las más variadas finalidades de la vida económica, constituyendo un instrumento jurídico que viabiliza el tráfico patrimonial”⁴⁶. Ésta función económica, nos permite tener una mejor orientación y criterio de por qué y para qué contratamos, pues de esta manera nos queda claro de que los contratos permiten la traslación de bienes y servicios, el intercambio y transmisión de Derechos y obligaciones y lo más importante, permite la circulación de los negocios entre los privados.

Nos queda claro entonces, que es necesario para que se concrete la finalidad de arribar a un acuerdo entre las partes, la posición del Estado y su participación en el Mercado solo deben tener por finalidad asegurar las Libertades económicas y es por ello que consideramos relevante que el Estado cree las condiciones necesarias para que se lleve a cabo el crecimiento y desarrollo del país en beneficio del hombre común, Ernesto Álvarez (2014)⁴⁷. Hoy en día la idea de un Estado intervencionista que busque la regulación sin un previo criterio económico está desfasado y más bien lo que se propone es un Estado discrecional, que permita que los individuos de la sociedad se desenvuelvan libremente en sus actos y comportamientos, donde dichos actores que

⁴⁴ Artículo 1351° del Código Civil peruano define al contrato como “el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Es un acto bilateral que emana de la manifestación de voluntad coincidente de las partes, pues uno de los elementos esenciales del contrato es, precisamente, la voluntad”.

⁴⁵ Nuestra definición de Acto jurídico

⁴⁶ MESSINEO, Francesco (1986). “Doctrina General del Contrato”, T. 1, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1986, p. 34

⁴⁷ ALVAREZ MIRANDA, Ernesto. (2014). “El modelo Económico de la Constitución Peruana”. Revista PUCP Ius Et Veritas, N°. 48 págs. 256-260

ingresan al mercado se autorregulen, para que de esta manera se consolide el Régimen económico Constitucional. La esencia de este régimen es el respeto por los principios en materia económica como: Derecho a la propiedad, Libertad de trabajo, de empresa y de contratación⁴⁸.

C. FORMALIDAD

El Artículo 1352° del C.C. señala que: “Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por ley bajo sanción de nulidad”. De dicho artículo se destaca que primero, debe existir pleno consentimiento o autonomía de las partes; segundo, uno de los elementos de validez del Acto jurídico es “la observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad”⁴⁹, no todos los contratos requieren que estos sean trasladados a un documento físico, sino solo aquellos que requieren que su existencia sea probada. Con ello podemos establecer dos diferencias que existen entre la formalidad ad probationem⁵⁰ con la ad solemnitatem⁵¹ al disponer que esta última tiene que estar pre fijada por ley bajo sanción de nulidad, el principio establece que los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, salvo que se haya establecido una forma ad solemnitatem⁵² como dijimos es un requisito meramente formal, agregamos además, que la formalidad puede contener vicios sino está plenamente ejercida la autonomía de la voluntad.

Reforzando la definición del código, Mario Castillo & César Cortez (2009) afirman que el ordenamiento Civil otorga plena Libertad a la forma contractual establecida entre las partes, siempre y cuando el ordenamiento no designe forma alguna. La forma en un acto jurídico es señal de manifestación de la voluntad de las partes. Así también, se distingue entre forma y formalidad; la primera, está referida al hecho de que significa la exteriorización de la voluntad. La segunda, hace referencia a la forma impuesta por ley o por las partes⁵³. Adicionalmente, dicho ordenamiento impone una serie de límites a la autonomía privada, cuando señala que las partes deben adoptar determinadas

⁴⁸ *Ibídem*

⁴⁹ Requisitos de Validez del Acto Jurídico establecido en el Artículo 140° Inc. 4

⁵⁰ La formalidad ad probationem, sirve para facilitar la prueba de que existe un contrato, tiene una función procesal y no sustantiva, por ser un medio probatorio y no necesario para la validez del acto jurídico. Véase en: TORRES VASQUEZ, Anibal. “Acto Jurídico”. Editorial Moreno S.A, Lima, 2001, Pág. 303

⁵¹ La formalidad ad solemnitatem, es necesaria para la validez del acto jurídico, de lo contrario la sanción será la nulidad del acto. por ejemplo: donación de bienes inmuebles o la Constitución de la hipoteca. Véase en Mario Castillo Freyre & César Cortez Pérez. “La forma del Contrato”. Archivo PDF

⁵² Casación N° 2565-1998 –Lima, El Peruano, 15-09-1999, Pág. 3002 véase también en la Cas. N° 280-2000-Ucayali, El Peruano. 25-08-2000, Pág. 6100

⁵³ Ad solemnitatem

formas en la realización del acto jurídico donde se pone en juego la adecuación a las reglas que dicta el Código para su validez⁵⁴.

Existe otra limitación por parte del Estado a parte del requisito formal y es que según Benavides Torres, Eduardo (1996) nada tienen que ver con la restricción al ordenamiento o a las reglas de convivencia; sino a aspectos inherentes a los contratos. En base a ello, Benavides Torres, repara en los siguientes defectos que van en contra de una economía de mercado y por ende vulneran las prerrogativas que tienen las partes para contratar y que podemos apreciar en los siguientes aspectos⁵⁵: El problema de los plazos⁵⁶; las partes contratantes no pueden disponer de acuerdo a sus criterios el tiempo de ejecución del contrato, sino estos tienen que someterse a las decisiones “con criterio” de los legisladores. Las razones de por qué se presentan estas regulaciones a los plazos afirman los Juristas que tienen que ver con la redacción del C.C.⁵⁷, sirven para garantizar la fluidez del tráfico comercial, además, de evitar el abuso de alguno de los contratantes, específicamente el de mayor poder. El compromiso de contratar agregan, no puede tener vigencia indefinida sino las partes estarían limitadas en la celebración de nuevos contratos.

Benavides, discrepa con tales argumentos, debido a que no tiene sentido colocar un plazo determinado para realizar contratos ya sean preparatorios o de opción, ya que dichos plazos establecidos no guardan ningún criterio técnico y más bien perjudican a los contratantes elegir el plazo que sea más conveniente para ellos. Y respecto al tráfico comercial, Benavides, es de la opinión de que si las partes pactaran un plazo mayor al legal no perjudicaría en absoluto el tráfico comercial⁵⁸, sino todo lo

⁵⁴ Castillo Freyre, Mario & Cortez Pérez, César. 2009 “La forma del Contrato”. Revista virtual PUCP. Lima, Págs. 1-31

⁵⁵ BENAVIDES TORRES, Eduardo. (1996). “Contratación Moderna y el Código Civil” Publicado en Revista IUS ET VERITAS N° 12 págs. 27-41

⁵⁶ «Artículo 1416 C.C.- El plazo del compromiso de contratar será no mayor a un año y cualquier exceso se reducirá a este límite. A falta de plazo convencional rige el máximo fijado por este artículo».

«Artículo 1423 C.C.- Toda opción está sujeta a un plazo máximo de seis meses y cualquier exceso se reduce a este límite.»

⁵⁷ Los juristas son: Max Arias Schreiber en la exposición de motivos del libro de Fuentes de las Obligaciones, Manuel de la Puente y Lavalle en su libro “El Contrato en General”. Tomo IV Págs 82-83

⁵⁸ Benavides ejemplifica esto de la siguiente forma: un contrato de promesa un contrato de promesa no inmoviliza su patrimonio. Por el contrario, el contrato es, sobre todo, un acto de previsión y si el promitente sabe que, en tres años deberá celebrar un contrato definitivo y entregar el bien, esta previsión le permitirá planificar. Y quien haya celebrado este contrato no está impedido de dar el bien en arrendamiento o comodato o de entregarlo en garantía, etc. Eso sí, sabe que en tres años, cuando corresponda celebrar el contrato definitivo, deberá tener el bien a disposición para poder entregarlo. El promitente podría incluso decidir vender el bien a un tercero, disponer del mismo o celebrar con terceros contratos sobre ese bien y, sin embargo, asumir voluntaria y conscientemente las consecuencias del incumplimiento del contrato definitivo los costos de asumir la penalidad por incumplimiento puede ser menor que el beneficio que se obtendrá por el incumplimiento.

contrario, pues las partes dispondrían de su bien hasta llegar el momento de ejecutar el contrato y si el bien no está en su poder para disponer, la alternativa de incumplir puede resultar hasta beneficiosa⁵⁹.

D. LIBERTAD CONTRACTUAL

El Artículo 1354° del C.C. peruano define la Libertad contractual señalando lo siguiente: “las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”⁶⁰. De acuerdo con lo estipulado, los privados pueden disponer de manera libre los términos del contrato⁶¹, gozando entonces de Libertad de negociación o de configuración interna, que luego se exteriorizará dicha voluntad a través de un contrato. Sin embargo, dicho artículo al igual que la Constitución expone la existencia de limitaciones a esa Libertad contractual y de Contratación, y es que es imperativo el respeto a las normas estatales.

Suele presentarse restricciones a la Libertad Contractual por parte del Estado, y esto es debido a la exigencia de formalidad sobre todo en contratos más complejos o de mayor cuantía, creemos que esto se presenta con el afán de buscar la concientización a la hora de la contratación entre las partes, ya que de esta manera se podrían probar cuál de las partes es la más perjudicada o dicho de otro modo, quién obtuvo un mayor beneficio en perjuicio del otro. Para ejemplificar las razones⁶²:

- a. Evita la precipitación de los declarantes y garantiza madurez en la decisión de contratar.
- b. Se reducen las dificultades probatorias.
- c. Adquiere visibilidad ante un tercero como el juez debido que la formalidad del contrato se hace público.
- d. La formalidad predeterminada obedece a la necesidad de incorporar el Derecho al documento

Somos de la opinión que el Estado deja Libertad absoluta a las partes contratantes respecto a las cláusulas negociales –Libertad contractual-, pero exige

⁵⁹ BENAVIDES TORRES, Eduardo. (1996) “La contratación moderna y el Código Civil peruano” Op. Cit. Pp 27-41

⁶⁰ En el Artículo 1354° del Código Civil del Perú, se engarza con lo expuesto en la Constitución peruana.

⁶¹ La libertad contractual, tiene diversos contenidos, consistiendo en la decisión de: celebrar o no el contrato; elegir el otro contratante; elegir la figura jurídica, la vestimenta o tipo del contrato; elegir el contenido del contrato; elegir la forma del contrato, cuando ella no es vinculada; elegir el modo de transmitir la declaración contractual, y elegir la modalidad de conclusión del contrato (Alpa, Corso di diritto. Cit., p. 18; Ibid. Manuale di diritto. Cit., p. 570)

⁶² Ibidem

formalidad –tal como está estipulado en el C.C. Pero también deja en claro que, existen otros contratos que no requieren formalidad y que pueden desenvolverse a libre criterio de las partes, por ende, la autonomía de la voluntad puede disponerse como mejor les parezca.

Para concluir, El contrato, tiene como soporte la autonomía privada. Asimismo, dicha autonomía está conformada por la Libertad de contratar y la contractual; sin embargo, se presentan limitaciones a estas Libertades. Estas limitaciones se hacen evidentes cuando existe una restricción al principio de autonomía de la voluntad que es causada por la propia norma, por ejemplo el requisito de formalidad, sin embargo, éste requisito tiene una finalidad de existir que está relacionado con la carga probatoria sobretudo de contratos complejos o de mayor cuantía, es decir, cumple la función de protección a las partes que intervienen el contrato. No obstante, hay que resaltar que los contratos tienen naturaleza cambiante, se multiplican y perfeccionan en la medida del progreso y complejidad del desarrollo económico-social. Compartimos la postura de Hernández Fraga & Danay Guerra (2012) cuando afirman que los contratos que realizan los partes aún a costas de ciertas limitaciones, son la mejor forma de evidenciar que hay progreso tanto en las relaciones jurídicas como económicas⁶³.

1.3 LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA ECONÓMICA

El individuo al hacer uso de su Libertad para contratar, incurrirá en una serie de análisis económicos que lo llevarán a buscar la maximización de su beneficio, es decir, contratará para encontrarse en una posición mejor de la que se encontraba antes de contratar. El análisis costo beneficio es uno de los postulados económicos básicos para decidir si llevar a cabo una contratación o de lo contrario dejarlo pasar. Pasaremos a desarrollar la Libertad de contratación desde el punto de vista económico.

i. Libertad como autolimitación

“El concepto de contrato moderno deviene de la ideología liberal que defiende la Libertad del individuo”⁶⁴, según Bullard Gonzales, Alfredo (1989). Expone que Es

⁶³ HERNÁNDEZ FRAGA, Katiuska & GUERRA COSME, Danay. (2012) “El principio de Autonomía de la Voluntad contractual civil. sus límites y limitaciones”. Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa Núm.6 - junio, pp. 27-46 [En línea] <http://www.eumed.net/rev/rejie>

⁶⁴ BULLARD GONZALES, Alfredo (1989). “Contratación en masa ¿Contratación?”. Revista de Derecho PUCP THEMIS N° 15, pp 47-55 Respecto a este tema es relevante para nosotros el pronunciamiento del español Manuel A. Martínez en la discusión parlamentaria del Código civil, respondiendo a las objeciones

necesaria dicha Libertad para que exista tolerancia en la convivencia con sus semejantes y ello conlleva a que nuestra Libertad sea autolimitada. Se acuñan tres ideas centrales en la teoría liberal de los contratos: i) autonomía de la voluntad, ii) igualdad entre las partes y iii) la obligatoriedad del acuerdo. Bullard agrega, que nos encontramos en una sociedad individualista, maximizadora, que tiene como único objetivo el beneficio económico y que la única manera de conjugar el egoísmo humano con su Libertad vendría a ser el contrato. Éste autolimita la Libertad de los individuos cuando manifiestan su voluntad de contratar. Por lo tanto, el contrato es ley entre las partes⁶⁵.

Bullard discrepa con los ideólogos de la doctrina contractual, pues se encargaron de crear una especie de halo alrededor de la teoría contractual – oferta, aceptación, contraoferta, causa, objeto, consentimiento, etc.- todo ello generó que la autonomía se encuentre al mismo nivel que la Ley respecto a las relaciones jurídicas. Con la voluntad nace el acuerdo y de éste se deriva el concepto de contrato. Añade además, que en la concepción moderna de la contratación la manifestación de la voluntad ha quedado relegada, fuera de la negociación y solo se puede apreciar un modelo de contrato estandarizado donde la voluntad se manifiesta de la parte que redacta el contrato.

Bullard hace hincapié en que la teoría liberal señala que la autonomía privada –Libertad de contratar y contractual o de configuración se desarrollan dentro de la negociación contractual, donde los elementos técnicos de la teoría del contrato –oferta, contraoferta, aceptación, consentimiento, etc.- arrojan como resultado final la relación jurídica que permitía satisfacer los intereses entre las partes. Así también, la negociación que realizan las partes interesadas en contratar generará externalidades como los costos negativos de oportunidad que serán causados por la demora en la instauración de la negociación jurídica y que conllevará a que se pierda la oportunidad

en punto a si el Código había recogido sólo los contratos tradicionales afirma lo siguiente: “(.....) La tutela del Estado no puede llegar a obligar a los ciudadanos a que en sus convenciones no se salgan del patrón que les ofrezca la ley. En buena hora que ésta modere los contratos ya conocidos y estudiados, pero respetando siempre las modificaciones que libremente pacten los contratantes, así como las nuevas combinaciones que su razón les sugiera, siempre que en su esencia sean lícitas y honestas”. Véase en <http://www.franciscomarinoapardo.es/mis-temas/32-civil-parte-general-temas-1-a-10/36-tema-2-la-codificacion-civil-en-espana>

Se puede colegir de lo recién acotado que la forma de contratar de los privados siempre está innovándose y que no es posible que el Estado trate de encasillarlos a sus parámetros, si bien el Estado puede cumplir el papel de veedor con la finalidad de que se respete los buenos principios, éste no puede interferir cuando los particulares haciendo uso de su voluntad, del orden público y de las buenas costumbres, decidan contratar entre sí.

⁶⁵ Ibídem

de inversión de una parte y por la otra de uso o disfrute⁶⁶.

ii. Igualdad de intereses, maximización de beneficios

Respecto a la igualdad entre las partes –idea central del liberalismo contractual-, deben contratar bajo las mismas condiciones de información, aunque esto suene utópico, la transparencia de información es requisito indispensable entre las partes, pues de esa manera se podrá contratar con un mejor criterio. Sin embargo, debido a que ambas partes desean maximizar sus utilidades, se corre el riesgo de que toda la información no sea revelada al mercado. Benavides, destaca que bajo esos parámetros la legislación peruana busca la protección a la parte débil –consumidor-. Un ejemplo donde se evidencia que en algunas contrataciones no existe igualdad entre las partes, son las contrataciones en masa, el artículo 1388° del C.C. en oferta al público, el ordenamiento busca proteger al proveedor y como sabemos éste no necesita protección dado que, comercialmente es él quien asume que su oferta puesta en marcha es obligatoria⁶⁷. Los contratos por adhesión compuestas por cláusulas generales de contratación, se han evidenciado eficaces para contratar de manera célere y estandarizada ya que, están generando fluidez en el tráfico comercial y eso traducido en lenguaje legal, significa que las contrataciones entre los privados están llegando a buen puerto, no obstante, dichas cláusulas deben pasar por el tamiz de la autoridad administrativa, debido a que éstas han sido redactadas previamente por el proveedor de manera unilateral y esto puede traer ventajas a una parte frente a la otra.

La teoría clásica liberal respecto al contrato destaca una especie de ritual llamada negociación que es nada menos que una autolimitación a la Libertad, esto quiere decir, que las partes al llegar a un acuerdo van a limitar sus intereses, debido a que en esta época contemporánea la autonomía privada ha sufrido una mutilación y por ende, la negociación entre las partes ha dejado de existir. Para ejemplificar, Carlos quiere vender su casa y desea que le paguen X; Luis quiere comprar la casa de Carlos, pero quiere pagar Z, para que se concrete dicho negocio ambas arriban al acuerdo de cobrar y pagar Y. El respeto por dicho acuerdo será obligatorio entre las partes, que conllevará a que se establezca una relación jurídica. Sin embargo, este tipo de negociación paritaria no es posible en mercados donde hay una gran masificación de bienes y servicios, que están generando una estandarización de las relaciones

⁶⁶ Ídem

⁶⁷ BENAVIDES TORRES, Eduardo. (1996) “La oferta y la defensa del Consumidor”. IUS ET VERITAS, Año IV N°13, Págs. 105-109

jurídicas, ello conlleva a que la parafernalia de la negociación ya no sea factible; provocando así, que la manifestación de la voluntad de una de las partes, se vea sometida a la voluntad de la otra. Cabe destacar que actualmente no hay posibilidad de discutir las cláusulas del contrato debido a que ahora se plasman a través de cláusulas generales de contratación, donde la mercadotecnia, el prestigio de algunos productos o servicios en el mercado han defenestrado a la negociación.

En concordancia con lo anterior, se debe considerar que el Derecho a la libertad de contratación no es infinito, sino que se encuentra palmariamente limitado en sus alcances, dichos límites, no solo son expresos, sino también tácitos; los límites expresos en la contratación, según la normativa, son la licitud como la esencia de todo contrato y el respeto a las normas de orden público. Los Límites tácitos buscarían reducir la Libertad de contratación entre las partes cuando hay restricción de Derechos fundamentales.

iii. Respeto a los acuerdos

Freddy Escobar Rozas & Guillermo Cabieses Crovetto (2013) refuerzan lo propuesto hasta ahora cuando señalan que “el contrato es un mecanismo que asegura la circulación eficiente de recursos”⁶⁸. Para ambos pensadores, el Derecho contractual se sustenta en el resarcimiento, esto quiere decir, que al celebrar un contrato, manifestamos nuestra voluntad de querer cumplir con los acuerdos arribados de lo contrario, debe haber una indemnización a la parte afectada⁶⁹. Bajo ese contexto los pensadores arriba mencionado, llegan a la conclusión de que el contrato restringe nuestra Libertad individual, dado que renunciamos hacer lo que nos plazca con nuestros recursos; debido a que hemos entregado la titularidad legal sobre aquellos. Sin embargo, es importante recalcar que las decisiones que tomemos deben regirse según el marco Constitucional vigente así como también, dichas decisiones deben ser tomadas únicamente por las partes involucradas respecto a lo concerniente en el contrato⁷⁰.

Asimismo, refuerzan su teoría cuando señalan que el Artículo 1354° del Código

⁶⁸ ESCOBAR ROZAS, Freddy & CABIESES CROVETTO, Guillermo. (2013). “La Libertad bajo ataque: Contratos, regulación y retroactividad” Revista ius et veritas, N° 46, Julio p. 118.

⁶⁹ *Ibidem*

⁷⁰ La actual Constitución señala que el individuo sustenta sus decisiones económicas en el libre mercado y el principio de subsidiariedad estatal, de esta manera las partes contratantes pueden tomar decisiones sin verse coactados por el Estado. ESCOBAR, Freddy & CABIESES, Guillermo. (2013). “La Libertad bajo ataque: Contratos, regulación y retroactividad”. Ob. Cit., p. 120

Civil peruano establece que “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”. Este postulado señala que solo las partes interesadas para contratar pueden disponer de cada una de las cláusulas de los contratos de manera libre sin que exista intervención alguna por parte de alguna entidad estatal, a menos que se esté lesionando algún Derecho fundamental protegido en la Constitución. Cabe resaltar, que el Artículo 1359° del mismo Código, establece que no existe contrato cuando las partes no han logrado ponerse de acuerdo en todos los aspectos que deseen contratar. Eso significa que por más que las discrepancias entre las partes sean mínimas y no se llegue a un punto de intersección, no se generará vínculo contractual alguno, es decir, no existirá un Acto Jurídico⁷¹.

iv. Consecuencias intervencionistas

La última parte del artículo 1354° del C.C. que hace alusión al carácter imperativo de la norma, responde a tres criterios según Escobar & Cabieses: (i) el que promueve el paternalismo (ii) el que promueve la eficiencia y (iii) el que promueve la equidad; el primer criterio, se basa en que el Estado cree que existe una parte débil en la contratación que necesita que éste le brinde su protección; el segundo, se sustenta en que solo el Estado puede garantizar resultados eficientes en aquellos casos en que el mercado falla; el tercer criterio, se refiere a que solo el Estado se encuentra en la capacidad de distribuir la riqueza de manera equitativa porque el mercado solo logra concentrar dicha riqueza en unas pocas manos⁷² los tres criterios se sustentan en la búsqueda del “óptimo de Pareto”, entendido como la situación en que el bienestar general no puede ser mejorado⁷³.

(i) Cuando el Estado a través de su paternalismo se atribuye la potestad de imponer que criterios las partes deberían considerar para que el contrato se pueda llevar a cabo, estaría generando un perjuicio a la libertad de contratación, por ende, la autonomía privada se vería disminuida, ello traería como consecuencia la creación de mercados negros, causando así mayores costos de acceso a los recursos por parte de los consumidores de bienes o servicios. (ii) cuando el estado, cree que en base a la

⁷¹ ESCOBAR, Freddy & CABIESES, Guillermo. (2013). “La Libertad bajo ataque: Contratos, regulación y retroactividad”. Ob. Cit., p. 123

⁷² ESCOBAR, Freddy & CABIESES, Guillermo. (2013). Ob. Cit., p. 132

⁷³ El óptimo de Pareto, “es aquella situación en la cual no es posible beneficiar a una persona sin perjudicar a otra. En la búsqueda de un equilibrio con mejor bienestar, ambos agentes aceptan el intercambio hasta el punto en que este deja de generar beneficios”. <https://www.elblogsalmón.com/conceptos-de-economía/que-es-un-óptimo-de-pareto>

regulación está otorgando eficiencia al mercado, lo que en realidad estaría causando un detrimento a las libertades de los individuos así como a su derecho de propiedad. (iii) la única manera que el Estado trate de lograr la equidad en la sociedad es a través del asistencialismo, y como sabemos esas políticas nunca han generado desarrollo individual menos social, por lo que estaría en las antípodas de acercarse mínimamente a la igualdad social. Es poco razonable que una sociedad se jacte de tener un Estado de Derecho, cuando la autoridad elegida se encarga de limitar la Libertad de contratación de sus ciudadanos. El Estado debe encargarse de promover la Libertad de contratación y contractual para que sean los ciudadanos quienes decidan cómo, cuándo y dónde contratar, pues nadie mejor que ellos para saber que les conviene⁷⁴.

1.3.1 La Regulación a la libertad de contratación

El profesor Gerardo Solís Visscher (2015) se cuestionaba si era conveniente que el Estado busque regular las manifestaciones libres de voluntad cuando las partes decidían contratar. Es conveniente tener en cuenta que se estaría privando de valor a decisiones tomadas por las personas en ejercicio de sus Libertades. La pregunta de fondo que se hace el profesor Solís es ¿cuánta Libertad contractual existe para los individuos? Ejemplifica su respuesta de la siguiente manera: Si “A” le otorga un mayor valor al saco de camotes de su vecino -“B”- que al saco de papas que acaba de cosechar, y “B” valora en mayor medida el saco de papas de “A” que sus propios camotes, resulta bastante claro que tanto “A” como “B” se encontrarían en una mejor situación si es que el primero poseyera los camotes y el segundo el saco de papas⁷⁵.

Del ejemplo anterior nos podemos percatar que tanto A como B salen beneficiados si es que se ponen de acuerdo y contratan, ello conlleva a que la sociedad se encuentre en mejor condición que antes. Pero ¿qué pasaría si el Estado decide regular las contrataciones? Se vuelve a preguntar el profesor Solís. A lo que responde es que si ello sucediera, los costos administrativos serían ingentes. En primer lugar, se tendría que crear una institución que se encargue de dicha regulación, ello generaría las siguientes consecuencias que para apreciarlas de mejor forma se dividen en dos grupos: primero, obstáculos relacionados con los costos administrativos o de operatividad y; segundo, los vinculados con los incentivos⁷⁶ que este sistema trae

⁷⁴ Ibídem

⁷⁵ SOLÍS VISSCHER, Gerardo. (2015) “Tu Derecho termina donde su nariz comienza. Los límites de la Libertad contractual a partir de sus consecuencias”. Revista *Ius et Veritas* N° 32 Pág. 76

⁷⁶ Habrá varios tipos de incentivos: menores incentivos se generarán cuando el Estado aumente los impuestos por lo tanto habrá menores incentivos para trabajar, menor oferta laboral, las inversiones se verán afectadas mientras mayores sean las operaciones gravadas menores proyectos de inversión se realizarán. Los incentivos negativos, se forman porque sabemos que los funcionarios públicos son corruptos

consigo. Suponiendo que el Estado quiere regular las relaciones contractuales de los privados, destinará el pago de los impuestos de los contribuyentes a crear aparatos administrativos que se encarguen de esa función. Por ejemplo, los costos administrativos exacerbados que el Estado deberá emplear para llevar a cabo la regulación, como pagos por bienes muebles e inmuebles, además de los diferentes servicios. En cuanto a los incentivos, creemos que un funcionario estatal que siempre se esté inmiscuyendo, porque esa es la función que le ha otorgado el Estado, generará menores incentivos entre las partes para contratar y ello en el largo plazo, traerá como consecuencia la creación de mercados negros, donde se llevarán a cabo transacciones con menor información y mayor violencia⁷⁷. Por ejemplo, pese a que la usura es un delito, hay muchas personas que siguen cometiéndolo, pues existen personas en el mercado que no pueden acceder a un crédito por diferentes motivos: ya sea porque son personas no son factibles a crédito, no tienen trabajo estable, etc. Ellos recurren a los usureros, donde sabemos que ese crédito saldrá con un interés bastante elevado, pero para los deficitarios es preferible aceptar esa condición que padecer las consecuencias no tenerlo. Ahora bien, si no pagan por dicho préstamo dinerario, los usureros se las arreglarán de manera violenta para que estas personas le devuelvan el dinero prestado.

Si existe intervención estatal en las contrataciones, además, éste propone altos costos administrativos, pobres incentivos lo que generará es la creación de mercados negros que es la consecuencia de una economía informal que el Estado pudo prever. Sin embargo, una economía de mercado donde las transacciones se realicen de manera completamente voluntaria, sin más intervención que la de las dos partes que celebran el contrato, que evidenciará beneficios para ellas así como para la sociedad dará como resultado un mejor situación económica para las partes así como para la sociedad en general. Por lo tanto, acogernos a un sistema de economía de mercado como

en potencia, por ejemplo si A quiere vender un celular que valora en 500 y B valora el mismo bien en 700 al realizarse la transacción entre A y B, A recibe por esta 600 sentirá que ha ganado 100 lo mismo que B, por lo tanto la sociedad ha ganado doscientos esto sería lo normal sin regulación. Pero que pasa ahora si existe regulación. El funcionario le dirá a B que no está ofreciendo el precio que realmente valora por dicho bien. Lo más probable es que el funcionario le pida un soborno para que éste formalice la transacción. Podemos inferir que muchas de las transacciones no se realizarán porque habrán muchos ciudadanos que no estén dispuestos a cometer el delito de cohecho activo. Véase en SOLÍS, Gerardo. (2015). "Tu Derecho termina donde su nariz comienza. Los límites de la Libertad contractual a partir de sus consecuencias". Ob. Cit., p. 77

⁷⁷ En los mercados negros se resuelve un conflicto con la violencia, debido a que cuando hay un incumplimiento con el contrato pactado entre las partes, éstas no podrán hacer uso del Poder Judicial y de los abogados para que resuelva el conflicto, por lo que buscarán resolverlo a través de la violencia que además resulta menos costoso. Véase en SOLÍS, Gerardo. (2015). "Tu Derecho termina donde su nariz comienza. Los límites de la Libertad contractual a partir de sus consecuencias". Ob. Cit., p. 78

mecanismo que se encarga de trasladar los recursos a usos más eficientes⁷⁸ debe ser la consigna de la Política económica de un Estado.

Para concluir tenemos claro que el contrato es útil porque permite lograr la mayor satisfacción posible para los contratantes, ya que facilita el tráfico de los recursos escasos hacia sus usos alternativos más eficientes. El contrato solo se puede ejecutar siempre y cuando cada una de las partes valore más lo que recibe que lo que entrega⁷⁹. El modelo económico de nuestra Constitución así como del ordenamiento Civil, priorizan la Libertad de los individuos para contratar en el mercado, pero sabemos que no es una Libertad absoluta, sino que se debe respetar los límites que la Constitución ha provisto a través de principios y Derechos que deben ser respetados por cada uno de nosotros para que la sociedad en general se beneficie.

En el siguiente apartado se podrá apreciar la Libertad bajo el modelo de Elección notarial que se da en los casos con contratos financieros o bancarios, que el día de hoy en nuestro país está abierta al debate.

1.4. LIBERTAD DE CONTRATACIÓN: EN LA SELECCIÓN DE LOS SERVICIOS NOTARIALES

A continuación desarrollaremos el tema de la Libertad de contratación en la selección de servicios notariales, tocaremos el tema de la Libertad de Elección notarial que deben realizar los consumidores bancarios para constituir una garantía hipotecaria.

Estudiaremos cuál es la opción que trae mayores beneficios al consumidor bancario, si es la regulación de la libre elección notarial o la Autorregulación. El primero, argumenta que existe una restricción al derecho constitucional de Libertad de

⁷⁸ SOLÍS, Gerardo. (2015). "Tu Derecho termina donde su nariz comienza. Los límites de la Libertad contractual a partir de sus consecuencias". Ob. Cit., p. 79 así mismo DIAZ-PICASO & PONCE DE LEÓN, añaden que la economía capitalista, se rige por la ley de obtención del máximo beneficio, donde el contrato vendría a ser el medio para la obtención de este beneficio. Cada contrato suele producir un beneficio y éste se obtiene cuando el precio o contraprestación al adquirir un bien o un servicio excede el beneficio de lo adquirido, incluyendo en el costo los elementos adicionales o auxiliares –como por ejemplo: costos de traslado, de espera, de tiempo, etc.- que es preciso poner en pie para hacer posible la ejecución de la prestación. Es importante mencionar que el contrato tiene una connotación positiva, ya que contratamos porque necesitamos, deseamos o valoramos más lo que la contraparte posee. El contrato permite que nosotros y la contraparte accedamos a lo que necesitamos o deseamos. Las personas solo contratan cuando los recursos obtienen diferente valoración.

⁷⁹ Nosotros creemos que la teoría utilitarista se ve reforzada con el criterio de Pareto, en el cual una determinada situación es eficiente siempre y cuando quienes participan de ella mejoran su posición sin perjudicar la de los demás. La teoría de Kaldor y Hicks, introducen un elemento objetivo en la dinámica contractual: una situación X es eficiente cuando los ganadores pueden potencialmente compensar a los perdedores y aun así estar mejor que antes.

contratación del consumidor bancario; y el segundo, propone que debido a las características del mercado notarial actual, es mejor que las cosas se dejen como está, y sea el propio mercado de servicios bancarios quienes sigan disponiendo del derecho de elegir del consumidor, ya que se evidenciaría una reducción en costos de transacción.

1.4.1. Concepto de Libertad de Elección

El código civil Italiano, es preciso y directo cuando define la Libertad de Elección, “Las partes son libres para elegir del tipo contractual que responda a sus intereses”⁸⁰. Escobar & Cabieses agregan que “permite a las partes elegir el tipo contractual entre los ofrecidos bien por las leyes o la práctica negocial”⁸¹. A mayor abundamiento, La Libertad de Elección permite a las partes elegir el tipo contractual y contrato que de acuerdo a sus intereses puedan pactar. La Libertad de Elección en una economía de mercado se encuentra inmersa dentro de la Libertad contractual, que genera un abanico de posibilidades respecto a los contratos. Por ejemplo, muchos contratos modernos son traídos al mercado por el common law –denominados contratos atípicos- donde los privados eligen contratar bajo esos nuevos modelos, no necesitando ninguna intervención estatal para continuar adaptándolo a nuestro sistema –civil law-.

La Constitución Política de 1993, en el inciso 14 del artículo 2 y artículo 65 señala que el Estado garantiza el Derecho a la Libertad de contratación y defiende el Derecho del consumidor a la información de los bienes y servicios que se encuentran en el mercado respectivamente. El Código de protección y defensa del consumidor –Ley 29571- no solo garantiza el Derecho a la información de los consumidores sino también la Libertad de Elección de los bienes y servicios que el consumidor adquiera, con la finalidad de hacer mercados más transparentes y ello conlleve que el consumidor tome elecciones más acertadas. Además ésta ley defiende el Principio de Soberanía del consumidor, con el que se protege al consumidor cuando algún proveedor no proporcione información completa sobre un bien o servicio y que dé como resultado, una decisión no libre ni informada.

CODECO⁸², define la Libertad de elegir con quién contratar así: “la Libertad de contratar toma parte de la Libertad individual, por el cual las personas convienen en crear, regular, modificar o extinguir entre si relaciones jurídicas patrimoniales, gozando

⁸⁰ Art. 1322 C.c.it.

⁸¹ ESCOBAR, Freddy & CABIESES, Guillermo. (2013). Ob. Cit., p. 285

⁸² Perspectiva de La Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos (CODECO)

para ello autonomía privada. El contrato es una decisión económica y tal decisión para ser eficiente debe ser libre”.

1.4.2 características de la Libertad de elección Notarial

La Elección Notarial otorga las siguientes características:

A. Función Pública

El artículo 2° de dicho D. Legislativo 1049 que reglamenta la función notarial. Además, enmarca al Notario como:

“El profesional del Derecho que está autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran. El Notario pese a que su labor se desarrolla en el sector privado, está premunido de una función pública, que le ha sido delegada por el Estado. Dicha función pública se hace patente cuando recibe y da forma a la voluntad de las partes, redacta los instrumentos adecuados a ese fin, confiere autenticidad, conserva los originales y expide traslados que dan fe a su contenido; así como comprobar hechos y tramitar asuntos no contenciosos previstos en las leyes de la materia. Todas estas actividades deben ser realizadas en forma personal, autónoma, exclusiva e imparcial”. (D. Leg. 1049: Art. 2°)

Así también, en el segundo párrafo del artículo 1° establece que: “El Colegio de Notarios de Lima reconoce el Derecho del ciudadano a contratar con el Notario de su Elección”. Aunque dicha premisa fue redactada meses previos a la presentación del proyecto de Ley, aún no genera consenso entre los Notarios a nivel nacional, dado que, es solo el Colegio de Lima quienes desean la regulación.

B. Respeto a la voluntad de las partes

Entendemos que, una de las funciones más resaltantes en lo mencionado anteriormente, es que el Notario da forma a la voluntad de las partes, es por ello que los consumidores financieros que contratan el servicio notarial antes de insertar su rúbrica en la Escritura Pública, deben tener información completa y transparente con respecto a lo que van a contratar, eso significaría que el Notario no solo debe ser un simple fedatario o un mero redactor de escritos, sino que tiene un deber social de prestar un

servicio de asesoría, orientación y asistencia a los consumidores. Aunque en la realidad no suceda ello.

C. Seguridad Jurídica

La seguridad Jurídica es ofrecida a la sociedad como una externalidad positiva. Esta seguridad jurídica, se manifiesta a través de la certeza legal sobre la autenticidad y legalidad de los contratos entre privados, además de una gran reducción en los litigios. Es por ello que, los Notarios latinos proveen orientación y reducen la necesidad de contar con abogados para ambas partes del contrato. Si bien tienen la característica de ser funcionarios públicos, no son servidores públicos, sino empresarios privados a quienes se les ha confiado algunas funciones públicas.

D. Servicio de Confianza

Adicionalmente, el servicio notarial brinda un servicio de confianza que suele ser difícil de reconocer, sin embargo las entidades financieras, como por ejemplo los bancos, debido al expertise técnico y al uso reiterado del servicio, pueden distinguir que notarías brindan un servicio de mayor calidad a diferencia de los usuarios que usan dicho servicio solo en ciertas ocasiones. Arruñada & Van den Bergh y Montangie, agregan lo siguiente: “si los consumidores no pueden juzgar la calidad de los servicios que brindan los profesionales de las Notarías Públicas, la regulación es necesaria para evitar el deterioro de la calidad”⁸³.

Es relevante tener presente que adicionalmente a las características previamente mencionadas, el sistema legal del Civil Law System donde se encuentra asociado el Notariado Latino, donde Perú es integrante, también posee un distrito notarial determinado, la entrada y salida de Notarios no es libre –existe un numerus clausus de notarías -, no pueden realizar publicidad por sus servicios por lo que los consumidores tienen que ir de manera directa a la notaría para saber exactamente qué servicios brinda, los Notarios son abogados, hay regulación en su especialización, también en la infraestructura de los servicios notariales, el horario de atención al público también se encuentra regulada, y otros más. El motivo de la excesiva regulación que realiza el Colegio de Notarios y el Ministerio de Justicia, es debido a que otorga a la sociedad, Seguridad jurídica y un servicio de confianza.

⁸³ Arruñada & Van den Bergh y Montangie

Nosotros creemos que el reconocimiento de la calidad del servicio notarial no es fácil ya que, se requiere un mayor grado de expertise para ser reconocido. Primero, porque dicha calidad no se puede distinguir entre un notario y otro. Por ejemplo: en una legalización de firma realizada por el Notario A y otra por el Notario B, ¿cómo podría el cliente distinguir quién legalizó mejor la firma? El consumidor en su mayoría de veces opta por reconocer la calidad de un servicio a través del pago. No obstante, aun así en el servicio notarial resulta igual de difícil detectar la calidad, lo que le interesa en gran medida al consumidor es que dicha legalización, se realice en el menor tiempo y al menor costo.

Otras de las funciones de los Notarios Latinos son: otorgar fe pública, control de la legalidad, la supuesta protección del contratante débil, colaborar con la recaudación de impuestos y lo más importante es que son pilares fundamentales en la seguridad jurídica de las transacciones mercantiles –por lo que se pueden apreciar externalidades positivas-. Sin embargo, su desempeño no justifica restricciones a la competencia. Como habíamos explicado líneas arriba, la calidad es difícil de reconocer a menos que sea un consumidor habitual de dichos servicios como por ejemplo, las entidades bancarias y financieras o abogados, que debido a su expertise pueden determinar qué servicio notarial es más eficiente, es por ello que la mejor alternativa sería que la entidad bancaria pueda disponer del derecho de elegir del consumidor bancario.

1.4.3 problemática

La Libertad de Elección hoy en día, en nuestro país, está generando controversias, debido a dos posiciones antagónicas sobre si se estaría vulnerando la Libertad de Elección para una de las partes del contrato; en una de las posiciones se encuentran a los promotores de la regulación, lo conforman el gremio de Notarios de Lima, la ex parlamentaria por Solidaridad Nacional, Esther Capuñay y CODECO quienes señalan que se estaría vulnerando la Libertad de Elección al consumidor financiero, cuando el banco realiza un contrato de mutuo hipotecario con el consumidor, y le impone un Notario para que se realice la constitución y posterior inscripción de la hipoteca – contrato accesorio-. Ello traería como consecuencia que su Derecho Constitucional de libertad de contratación, sea vulnerado, según afirman los que están a favor de la regulación de la libre elección del Notario. Por otro lado, se encuentran los que arguyen que la elección notarial no debería ser regulado, ya que según ésta última propuesta, resulta que es más beneficioso para el consumidor bancario que sea el banco quien elija a la Notaría, dado que son menores los costos de transacción en los que incurrirían tanto el banco como consumidor y esa reducción de costos se trasladaría a un menor

costo del crédito. Por lo que sería recomendable buscar la autorregulación y no la regulación.

1.4.4 Promotores de la Regulación

A continuación pasaremos a desarrollar las perspectivas de los que promueven la regulación a la libertad de elección notarial.

A. Colegio de Notarios de Lima

El gremio notarial ha presentado el 30 de abril de 2014 el Proyecto de Ley Nro. 3447/2013-CP, que busca que los consumidores bancarios al solicitar créditos hipotecarios, tengan plena Libertad de elegir el servicio notarial de su preferencia, ya que es un requisito indispensable para la formalización de la garantía hipotecaria proveniente de un contrato de mutuo hipotecario.

El cuerpo de Notarios de Lima en la exposición de motivos de su proyecto de Ley sostiene que cuando se formaliza un contrato de mutuo hipotecario, entre un consumidor y una entidad financiera, se evidencia una práctica constante, en la que esta última impone al primero la contratación de un Notario público que el usuario no eligió a pesar de que éste es quien costea los gastos notariales que irroga el otorgamiento del crédito y garantía hipotecaria subsiguiente. Por lo que se cree que se estaría vulnerando el Derecho a la libre elección, dado que una de las partes impone a la otra el servicio notarial que debe contratar y por ende pagar el importe de los costos notariales.

Así también, dicho Gremio, plantea adicionar un artículo trece (13) en la Ley Complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en materia de Servicios bancarios o Financieros, dado que dicho artículo hace alusión al Derecho de Libertad de contratación, específicamente trata de la relación con el Notario de la preferencia del consumidor o cliente de una entidad del sistema financiero.

Adicionalmente, el cuerpo de Notarios propone que se prohíba que la entidad financiera o bancaria se atribuya el costo por los gastos del servicio notarial y que luego, lo traslade al cliente con el rótulo de gasto administrativo. Además, se solicitó en dicho Proyecto Ley que se derogue el artículo 21° del Reglamento de Transparencia de Información y Contratación con usuarios del Sistema Financiero y todas las normas que se opongan a dicha ley. Ya que, dicho Reglamento atenta contra el Derecho Constitucional de Libertad de contratación, pues al solicitar la SBS al banco para que

exponga a los Notarios con los que trabaja la entidad, estaría monopolizando el servicio notarial.

El gremio de Notarios en el sustento de su proyecto hace referencia al crecimiento económico del país, y afirma que éste ha impactado de manera positiva al PBI nacional respecto a otros países, no solo del continente sino a nivel mundial. El gremio resalta esta información con la finalidad de explicar que dicho impacto al PBI ha generado una gran cantidad de contratos, tanto en bienes como en servicios, pero sobre todo en la adquisición de inmuebles a través del crédito hipotecario. Sin embargo, las entidades del sistema financiero, se han negado a respetar el Derecho a la Libertad de Elección del Notario que le concierne al consumidor, pese a que él es quien paga los gastos por los servicios notariales y registrales para la inscripción de la garantía hipotecaria. Afirman también, que habría una reducción de algunos costos de transacción como por ejemplo, el precio de los servicios notariales sería menor, siempre y cuando sea el consumidor quien elija el servicio.

Añade dicho gremio, que su proyecto Ley generará eficiencia al mercado y para probar ello, realiza una analogía respecto al Levantamiento de Hipoteca donde señala lo siguiente: para realizar dicho acto, el consumidor elige el servicio notarial con el que desea contratar no se necesita que intervenga alguna entidad financiera, por lo que dicho acto jurídico se formaliza de manera fluida respetando los Derechos que le conciernen al consumidor. Adicionalmente, se permite que se trabaje mejor la descentralización notarial, debido a que el usuario puede escoger al Notario que más le convenga⁸⁴.

B. Ex Parlamentaria Elsa Capuñay

Al igual que el proyecto analizado previamente, se ha presentado el Proyecto de Ley N° 3794/2014 –CR, promovido por la Ex - parlamentaria Esther Capuñay Quispe, quien pertenece al grupo parlamentario Solidaridad Nacional. Se ha manifestado sobre la Libertad de Elección notarial en el sentido que busca modificar el artículo 85° de la Ley N° 29571 Código de Protección y defensa del Consumidor, Ley que garantiza la Libertad de los consumidores en la Elección para la contratación de servicios notariales derivados de servicios financieros. Propone incorporar lo siguiente:

⁸⁴ Proyecto de Ley Nro. 3447/2013-CP

“que los consumidores de servicios financieros que requieran servicios notariales con la finalidad de perfeccionar o formalizar sus actos, son libres de elegir el despacho notarial que considere conveniente, para lo cual las entidades del sistema financiero le proporcionarán los documentos y/o información necesaria”.

Asimismo, mediante una única disposición complementaria final, precisa que la Elección del Notario deberá realizarse dentro del distrito notarial donde se realiza la operación financiera o donde se ubica el inmueble materia de transacción, a Elección del consumidor, No obstante, deslinda su postura con el gremio de notarios cuando hace referencia al distrito notarial, pues para la congresista es necesario que el trámite notarial se realice en el lugar donde se realizó el otorgamiento del crédito o en todo caso en el lugar donde se ubica el inmueble, producto de la garantía inmobiliaria, sin embargo, para el Colegio de Notarios, puede ser elegido el notario sin importar el distrito notarial.

Por otro lado, la ex congresista, coincide con el cuerpo de Notarios de Lima, cuando señala que las entidades bancarias y financieras no respetan la Libertad de Elección del consumidor financiero y que son ellas las que deciden con que Notaría el consumidor debe contratar. Así también, arguye que el artículo 85° de la Ley N° 29571-SBS no brinda protección al consumidor financiero, ya que dicho artículo limita la Elección del Notario generando perjuicio al consumidor. Es por ello que se solicita su modificación.

C. Comisión de defensa del Consumidor

CODECO realiza un análisis sobre la propuesta de regular la Libertad de Elección notarial con la finalidad de determinar si dicha Elección del Notario por los consumidores financieros, generará eficiencia al mercado y por ende, a la sociedad en general. Agrega que La Libertad de contratación del consumidor financiero para elegir el Notario de su preferencia, si genera eficiencia al mercado por las siguientes razones: primero, pone en énfasis que se debe buscar respetar a la Constitución Política del Perú, así como las demás normas que hagan referencia a la Libertad de contratación.

La realidad muestra que en las actuales contrataciones del servicio notarial en las transacciones derivadas del contrato de crédito y otorgamiento de garantía

hipotecaria y prenda vehicular se les recorta la posibilidad de contratar con el Notario que libremente elija el consumidor o cliente, Notario que otorgará fe de los actos jurídicos y por cuyos servicios pagará los gastos u honorarios profesionales respectivos”. Acotó CODECO

Debido a que en Lima se encuentran habilitados 153 Notarios de las cuales las entidades bancarias han centralizado el trabajo solo a 10 notarias y apenas el 6.5% de los servicios notariales están a disposición del usuario para que éste pueda elegir, quedando fuera el resto de despachos notariales. Bajo estas circunstancias, CODECO cree que hay una obligación de proteger al consumidor en su Derecho a libre Elección en la contratación de servicios notariales.

CODECO discrepa con la propuesta 3447/2013 –CR en el sentido de que ésta propone que se prohíba que la entidad financiera asuma el costo por los servicios notariales y luego lo traslade al consumidor como concepto de gastos administrativos. Para CODECO este aspecto estaría limitando el Derecho del usuario de financiar dicho gasto, pues quien asumirá de todas formas dicho pago es el usuario.

CODECO no está de acuerdo en que el trámite para realizar la operación financiera ante un Notario sea limitativa al distrito notarial donde se está llevando la transacción financiera o donde se encuentra ubicado el inmueble. Pues con esto se estaría limitando el Derecho a la libre Elección del Notario. Por lo tanto, el usuario puede escoger al Notario que desee sin importar el distrito notarial en que se encuentre, solo se debe exigir que cuente con el servicio de identificación biométrica para identificar a los intervinientes en el contrato.

Según CODECO, el artículo 21 de la Resolución SBS 8181 -2012, Reglamento de Transparencia de información y Contratación con usuarios del Sistema Financiero, ha limitado el Derecho a la libre Elección de los consumidores al Notario de su preferencia, debido a que la SBS sugiere a la entidad financiera que publique un listado con los Notarios con el cual trabajan y este listado muestra un número reducido de Notarios generando un monopolio que perjudica la libre competencia. Además esta norma estaría vulnerando el artículo 1 literal c) del Código de Protección y defensa del Consumidor, situación que debe ser corregida favor del consumidor.

Por las razones expuestas, CODECO hace hincapié en que es necesario emitir una norma que garantice el Derecho de libre Elección del servicio notarial en las transacciones financieras por parte de los consumidores.

1.4.5 Promotores de la Autorregulación⁸⁵.

A. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI

INDECOPI⁸⁶, realiza un análisis sobre los argumentos esgrimidos por los promotores de la regulación de la Libertad de Elección del servicio Notarial, donde observa que si bien aparentemente, dichos argumentos permitirían garantizar la Libertad de contratar con cualquier Notario independientemente, de la circunscripción del distrito notarial, sin embargo, lo que no es asegurado por los pro reguladores es de qué manera los consumidores bancarios saldrán beneficiados. Lo que conllevaría a pensar que en realidad el consumidor bancario y por ende, la sociedad en general se vea perjudicadas económicamente. INDECOPI no está de acuerdo por ello, que la Elección de un Notario se realice primero, que aun cuando la propuesta legislativa de regular la Libertad de Elección resulte beneficiosa para el consumidor en cuanto le permite ejercer plenamente su Derecho a la Libertad de contratación, tal vez los costos de transacción en la operación financiera de mutuo hipotecario podrían ser mayores tanto para la entidad financiera, como para el consumidor financiero. Segundo, también discrepa, que la elección del servicio notarial no puede estar fuera de una circunscripción determinada (distrito notarial) en que se encuentra el consumidor o la entidad financiera dado que, el representante del banco se tendría que desplazar hasta la notaría que eligió el consumidor bancario, por lo que se generarían ingentes costos de traslado y eso perjudicaría al consumidor.

Para sustentar mejor su postura a favor de la Autorregulación, INDECOPI, cita el siguiente ejemplo con la finalidad de que su postura sea mejor entendida: “si un cliente quiere constituir una hipoteca sobre un inmueble ubicado en Lima, podría contratar a un Notario de la ciudad de Tumbes. Ello generaría un mayor incremento en los costos del servicio financiero, dado que el representante del banco tendría que desplazarse hasta la notaría elegida por el consumidor para realizar los trámites correspondientes además, de que quizá el Notario se tome un mayor tiempo en dar fe a todos los documentos que el banco le está proporcionando, así como que el representante del banco y/o el consumidor financiero tengan que regresar al banco en otra fecha, estos costos

⁸⁵ Los argumentos esgrimidos de los que se encuentran a favor de la autorregulación se encuentran dentro del Dictamen realizado por la Comisión de defensa del Consumidor y Organismos reguladores de servicios Públicos de fecha 20 de Noviembre del 2014 y en el informe INDECOPI N° 054-2014 DPC/INDECOPI y N° 083-2014 DPC/INDECOPI

⁸⁶ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI

evidentemente van a ser trasladados al consumidor, mediante comisiones o el cobro de intereses superiores a los actualmente cobrados, por lo que se podría perjudicar al consumidor” .

La entidad crediticia debe ser la que continúe eligiendo al Notario para realizar contratos con el consumidor financiero, debido que la entidad bancaria puede reconocer la calidad del servicio notarial y por ende, la eficiencia. Respecto a la Notaría se evidencia el factor de confianza, que le otorga al consumidor, por lo que existe una relación conjunta y necesaria entre ambas instituciones que deja en claro que tanto la notaría como la entidad bancaria trabajan bajo el principio de la buena fe y celeridad. Dichos principios quedarían soterrados si el consumidor elige una notaría distinta a la que usualmente trabaja con la entidad financiera, pues ésta tendría que usar mayores recursos en la verificación de documentos con la finalidad de evitar fraudes, así también la entidad bancaria tendría que verificar si la Notaría que eligió el consumidor cumple con los mínimos estándares para cumplir con su función. Todo ello conllevaría a mayores costos en el servicio que se le prestará al consumidor bancario. Por lo tanto, encarecería el crédito además, de una mayor demora en su otorgamiento, donde los más perjudicados serían los consumidores.

INDECOPÍ advierte que, el pedido del gremio de Notarios ya está basado en lo dispuesto en el artículo 21° del Reglamento de Transparencia de Información y Contratación con usuarios del Sistema Financiero, aprobado mediante Resolución SBS N° 8181-2012 . Es decir, se estaría redundando en lo solicitado pues ya existe una normativa que regula dicho pedido.

B. Superintendencia de Banca, Seguros y AFP'S (SBS)

La SBS señaló lo siguiente: “permitir que los usuarios tengan la posibilidad de escoger la notaría con la que desean trabajar, generaría situaciones que pueden restar eficiencia, y eficacia a las transacciones por la diversidad de Notarios que prestan servicios, además advierten que podrían presentarse características fraudulentas o criminales”⁸⁷.

La SBS advierte que el otorgamiento del crédito al usuario sería menos célere, debido a que la entidad financiera tendría que establecer controles adicionales a los usuales, debido a la constitución de la garantía hipotecaria se realiza en fecha posterior a la

⁸⁷ La SBS en el Dictamen de CODECO

entrega del crédito y como se tiene conocimiento que el dinero que prestan las entidades bancarias pertenece a los ahorradores, podría tomar un mayor tiempo a la entidad evaluar la garantía y/o al cliente, con la finalidad de minimizar errores en los trámites respectivos y poder cumplir con lo dispuesto en la normativa . Otra observación que la SBS advierte es con respecto a la elección del Notario fuera de la circunscripción en que se encuentra la entidad financiera, pues al igual que INDECOPI, concluye que a la entidad financiera le costaría más realizar los trámites administrativos ante la notaría ubicada fuera del distrito notarial del negocio que se está realizando por lo que posteriormente, dichos gastos notariales serían trasladados al consumidor. Adicionalmente, discrepa con la propuesta legislativa Nro. 3447/2013-CP en el punto de que ésta intenta prohibir que la entidad crediticia financie el costo del servicio notarial que el consumidor debe hacer, dado que es un Derecho que tiene el usuario de financiar dichos costos y no se puede prohibir que haga uso de esta libertad. .

C. La Asociación de Bancos del Perú (ASBANC)⁸⁸

ASBANC sostiene que: “la contratación es un acto libre y voluntario que involucra no solo la determinación del objeto del contrato, sino también las facilidades, seguridades y costos para su formalización. En los servicios notariales se tiene por objeto la identificación de las partes y esta se logra cuando las partes tienen concertados acuerdos y trámites previos que facilitan la identificación como representantes registrados y acreditados (.....)”. ASBANC hace énfasis en que hay una reducción de costos en el servicio notarial solo cuando el banco se toma la prerrogativa de contratar con antelación con una notaría en particular. Dicha reducción económica solo favorece al usuario y no al banco, debido a la contratación en masa que tiene el banco con la notaría, pues este último puede cobrar menos por dicho servicio a los consumidores bancarios.

ASBANC al igual que INDECOPI y la SBS muestran su disconformidad con dichos proyectos de ley, en el aspecto de la dispersión en la selección del Notario que se generaría cada vez que el usuario elija al Notario de su preferencia. Esto conllevará a que la entidad financiera tenga que verificar los antecedentes así como la habilitación del Notario generando mayores costos a la entidad crediticia

Nosotros creemos que el Gremio de Notarios de Lima, no ha hecho un análisis concienzudo de su propuesta, ya que ni siquiera existe un consenso nacional de su

⁸⁸ Ibídem

pedido, es decir, debería ser evaluado por todos los Colegios a nivel Nacional. Además, es importante considerar que cuando se solicita al Estado que intervenga a través de la regulación se debe considerar primero, cuáles son las justificaciones para regular, por ejemplo las justificaciones podrían ser: “las de eficiencia, las redistributivas y otras razones de justicia”⁸⁹. Respecto a la primera razón, un mínimo análisis costo beneficio podría dilucidarnos cuál de las dos partes implicadas reduciría algunos costos de transacción; la segunda razón, se busca la regulación para beneficiar a un grupo en perjuicio de otro; y tercero, sirve para que ex ante el orden público y buenas costumbres no se vulneren. Es importante, destacar que para regular se necesitará de un inmenso aparato de burócratas así también, de mayores gastos para adquirir inmuebles donde empezarán a crear leyes reguladoras, y que dichos gastos saldrán de los bolsillos de los consumidores que supuestamente buscan proteger.

El gremio notarial, quien está a favor de la regulación, sustenta su posición en la Constitución Política del Perú y el Código de Protección al Consumidor. Nos queda claro que la Constitución, protege la Libertad de Contratación –ampliamente estudiada líneas atrás- sin embargo, debemos tener presente que la Constitución, se sustenta en una economía de mercado, donde existe iniciativa privada, autorregulación de las partes que contratan, y donde sólo cabe intervención del Estado, cuando se atente contra las leyes y el orden social. Caso contrario, no tiene sentido una intervención cabe resaltar que, el consumidor bancario hace uso de su Derecho de elegir con quien contratar cuando dispone a la entidad bancaria que sea ella quien elija por él, ya que ésta tiene un mayor expertise en reconocer la calidad del servicio notarial. El consumidor, encuentra más oneroso que él sea quien elija, dado que los costos de transacción como: tiempo, traslados, calidad, precios, etc. Podrían perjudicarlo, sin embargo, la entidad bancaria puede soportar estos mayores costos por lo que es más conveniente que sea ella quien elija el servicio notarial.

El Colegio de Notarios de Lima, busca sustentar su postura a favor de la regulación de la Libertad de Elección aferrándose al Código de Protección al Consumidor que en el Artículo 1° e incisos siguientes explica lo siguiente:

c. Derecho a la protección de sus intereses económicos y en particular contra las cláusulas abusivas, métodos comerciales coercitivos, cualquier otra práctica análoga e información interesadamente equívoca sobre los productos o servicios.

⁸⁹ SUMAR ALBUJAR, Oscar & AVELLANEDA ROJAS, Julio. Óp. Cit. Pág. 30-31

f. Derecho a elegir libremente entre productos y servicios idóneos y de calidad, conforme a la normativa pertinente, que se ofrezcan en el mercado y a ser informados por el proveedor sobre los que cuenta.

Lamentablemente, el Colegio de Notarios realiza una inferencia bastante sesgada de los incisos antes mencionados. Para el Colegio Notarial, la entidad bancaria cometería infracción a dichas normativas, si al derivar al consumidor financiero a un Notario determinado, los costos de Notario serían altos comparados con la Elección del consumidor. Entonces, de esto también se infiere que si la entidad bancaria elige al Notario y el costo notarial es más barato que si el consumidor eligiese, no tendría sentido la regulación estatal.

Nos atrevemos a cuestionar el análisis del Colegio de Notarios de Lima, debido a que no existe un sustento fáctico que demuestre que su postura traerá beneficios a la sociedad. Más aún, cuando son ellos los que no permiten que exista una competencia saludable en el mercado de Notarías ya que la entrada de competidores en el mercado de servicios notariales, está siendo restringida por el propio Colegio. Eso nos lleva a verificar que existe un menor número de notarías en el mercado, respecto al propio criterio técnico que usan los Notarios, por lo que podemos colegir que existe un cártel del servicio Notarial que en búsqueda de la maximización de beneficios obstaculizan la libre entrada de más competidores al mercado, perjudicando así al consumidor.

Así también, la ex parlamentaria Esther Capuñay ha realizado un análisis sesgado respecto al mercado notarial, ya que, no considera que el mercado notarial tiene accesos restringidos para la entrada de una mayor competencia, generando así perjuicio para el consumidor debido a que éste no puede elegir adecuadamente, pues en un distrito notarial cualquiera existe déficit en este servicio. Para mayor abundamiento, en el Documento de Trabajo N° 001-2014/GEE⁹⁰ se realiza una investigación empírica sobre el mercado de servicios notariales, mostrando en dicha investigación la existencia de una brecha que este servicio hasta el día de hoy no ha podido cubrir; y ello conlleva, a que el consumidor sea el perjudicado por este servicio que está restringido.

De lo argumentado anteriormente, nuestra tesis sostiene que la regulación, que busca el gremio notarial y la ex parlamentaria, parten por restringir la competencia, por

⁹⁰ DOCUMENTO DE TRABAJO N° 01-2014 (2014). "Relación entre el número de rivales y el precio: El Caso de los Servicios Notariales. Gerencia de Estudios Económicos. Junio - INDECOPI

lo que es común discurrir que el gremio busca maximizar sus utilidades en contra de los regulados, coincidimos con lo expuesto por Oscar Sumar, cuando hace alusión a la búsqueda de la Regulación de una determinada industria

“los intereses de las propias industrias reguladas, que, con el apoyo de los políticos consiguen que se apruebe una regulación que las beneficie, en detrimento de la sociedad o los consumidores, en lugar de estar motivada por supuestas “fallas del mercado”, el “interés público” u otras consideraciones tradicionales. En ese sentido, la amplia doctrina, inspirada en la teoría de la public choice y en la economía del bienestar, ha destacado que “[...] la regulación respaldada en el interés público es casi siempre un esfuerzo para crear un cartel o servir a un interés privado a expensas del público”⁹¹ (Sumar 2010: 34).

Ambos proyectos de Ley descritos previamente, hacen alusión al D. Legislativo 1049 que explican la función notarial además, buscar influenciar a la sociedad para que el Estado busque regular la Libertad de Elección del servicio notarial. Tal cómo se explicó líneas arriba, es importante, destacar que debe existir Libertad de Contratación entre los privados y más aún cuando es promovida constitucionalmente; sin embargo, la Libertad de Elección del servicio notarial no se encuentra estipulada en la Constitución, pero esto no quiere decir que se debe buscar la regulación, sino la Autorregulación de los privados para ejercer este derecho debe ser lo correcto.

Las posturas nacionales contrarias, es decir, los que están a favor de la regulación y allí se encuentran: el Cuerpo de Notarios de Lima, la ex parlamentaria Esther Capuñay y La Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos (CODECO), realizan un sesgado análisis costo – beneficio y sugieren en que se modifique o se inserte un articulado respecto a la Libertad de contratación del servicio notarial, aunque parezca que benefician al consumidor, más bien se entiende que lo perjudican, primero porque obligan a elegir un servicio notarial al consumidor bancario, aumentándole los costos de transacción y segundo, los únicos beneficiados serán las notarías.

Cerramos este capítulo, concluyendo que de acuerdo al modelo económico que poseemos, la Libertad de Contratación y la contractual son amparadas por la

⁹¹ SUMAR ALBUJAR, Oscar & AVELLANEDA ROJAS, Julio. (2010) “Paradojas en la Regulación en el Perú”. Universidad del pacífico. Lima. Pág. 34

Constitución Política peruana en sus artículos 2° inc. 14 y 62° Así mismo, ambos resultados son posibles cuando se respeta la autonomía privada, la negociación entre las partes que posteriormente generará un acuerdo de voluntades al que luego llamaremos contrato –contratos paritarios-. Sin embargo, la contratación moderna ha creado una serie de contratos –contratos en masa o por adhesión con cláusulas generales de contratación- que son usados por las entidades bancarias y financieras con la finalidad de generar celeridad en las negociaciones –ya que no se negocian las cláusulas dentro del contrato, sino un lo tomas o lo dejas-; que se traducen en menores costos administrativos beneficiando así al consumidor; podemos deducir entonces que, las entidades financieras lo que buscan con ese tipo de contratos es acelerar el tráfico comercial y por ende abaratar el costo de los créditos; sin embargo, dichas entidades bancarias el día de hoy la manera como otorgan los créditos y su posterior inscripción de las garantías hipotecarias están siendo cuestionadas, por el Colegio de Notarios de Lima y la ex parlamentaria Esther Capuñay. Quienes se muestran a favor de que sean regulados las elecciones libres de los consumidores bancarios a elegir un determinado servicio notarial.

Nos queda claro que, si las partes arriban a un contrato libre y con autonomía privada, éste genera fluidez en el tráfico contractual y circulación de la riqueza. Asimismo, las partes buscan estar en una mejor situación de la que se encontraban antes de contratar, es por eso que lo hacen y es la finalidad económica de los contratos. Y para que se logre ello, el Estado debe estar subrogado a la decisión de los privados y solo debe intervenir de manera excepcional, como cuando las partes no respeten la legalidad, el orden público y las buenas costumbres o cuando se presenten fallas de mercado que los privados no hayan podido remediar. Solo bajo esas condiciones, el Estado debe intervenir.

Somos de la opinión, que si bien es cierto que la Libertad de Elección notarial se presenta cuando el consumidor financiero dispone de su derecho, no obstante, cuando no se puede reconocer fácilmente la calidad de un servicio como el de las notarías ya que no se cuenta con el conocimiento técnico adecuado, es posible dejar que sea la entidad financiera, con su mayor expertise en reconocimiento de la calidad, pueda elegir el servicio notarial en beneficio del consumidor. Además, el Reglamento de Transparencia de la SBS señala que el banco revele las notarías con las cuales trabaja para que el consumidor pueda elegir de entre ellas, ya que de esa manera también se promueve la libertad de elección notarial. Sin embargo, para los propulsores de la

Regulación mencionan que no es suficiente mostrar una limitada cantidad de notaría debido que, se estaría incurriendo en la restricción del derecho al consumidor.

Hemos argumentado, nuestro desacuerdo a la regulación de ésta Libertad, ya que los únicos beneficiados por ello serían los Notarios del país, en perjuicio del consumidor bancario y por ende, la sociedad en general. Está claro que son los mismos notarios quienes generan restricciones en el mercado de entrada a nuevos competidores del servicio notarial y ahora buscan maximizar sus beneficios en contra del consumidor es por ello que apelamos a la autorregulación mejor argumentada de los que promueven la regulación, por lo que es imprescindible que dejemos a las entidades bancarias y financieras que sigan negociando y contratando cómo hasta ahora, debido a que, si el mercado de servicios notariales, no evidencia una mejoría en cuanto a una mayor entrada de nuevos competidores, es mejor dejar las cosas como están, porque no han demostrado ser eficientes en base a esas restricciones.

Defendemos la postura de la autorregulación dado que es más beneficiosa para el consumidor planteándonos la siguiente pregunta ¿es necesaria la regulación estatal argumentándose vulneración al derecho constitucional de libertad de contratación? Somos de la opinión de que no es posible, creemos que el consumidor puede disponer de un derecho abstracto como es la libertad de contratación en beneficio propio y de la sociedad, si bien el beneficio económico se evidencia en el momento, sin embargo, existen otros beneficios necesarios que señalaremos más adelante. Traemos a colación el Artículo 87° de la Constitución Política del Perú que señala que: “El Estado fomenta y garantiza el ahorro. (...)”. Entonces nos encontramos frente a dos Normas Constitucionales el Derecho a La libertad de contratación y El derecho al ahorro. Concluimos que se puede disponer o prescindir del primero ya que como dijimos líneas arriba para mejorar otros aspectos.

CAPITULO II

ANALISIS NORMATIVO DE LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN EN LOS SERVICIOS NOTARIALES EN PLANO JURÍDICO ESPAÑOL

En el capítulo I estudiamos la Libertad de Contratación tanto en el ámbito Constitucional como en el normativo asimismo, hemos podido apreciar que la libertad se encuentra protegida Constitucionalmente. La Constitución peruana que ostenta una economía de mercado donde se evidencia el respeto a la iniciativa privada y que además, garantiza que los privados puedan desenvolverse libremente. De manera excepcional, el Estado actuará de oficio cuando la conducta de los privados sean contrarias a la ley, el orden público⁹² y las buenas costumbres, cuando se presenten fallas de mercado que los privados no hayan podido subsanar. De esta manera, el Estado participará en la economía de forma subsidiaria; bajo otras circunstancias, el Estado solo se encargará de velar por los intereses de los particulares, donde se subrogará su participación.

En este capítulo estudiaremos la Libertad de contratación Constitucional y libertad de contratación Notarial, respecto al ámbito Doctrinal Español, estamos interesados en saber cuál es el grado de protección que la Constitución y las normas españolas otorgan a este Derecho, también nos centraremos en una especie de Libertad de contratación, que vendría a ser la Libertad de Elección, que actualmente viene siendo promovido por los Notarios españoles. La finalidad es comparar su aplicación y funcionamiento en España con el ordenamiento peruano.

2.1. LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN EN EL PLANO CONSTITUCIONAL

El Derecho a la Libertad de contratación, no se encuentra de manera explícita en la Constitución Española vigente.

⁹² Las normas en las que se sustancia el indicado orden público son aquellos que el Estado considera tan esenciales para la propia existencia y seguridad, y para el propio desarrollo normal, que no permite que sufran derogaciones sino por su voluntad privada. véase en BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. "El Derecho público, la Constitución y el Derecho Constitucional". Revista de Derecho Público, Roma. 1941

A. concepto

La Libertad de Empresa se encuentra protegida por dicha Constitución en el Artículo 38° donde manifiesta lo siguiente:

“Se reconoce la Libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”⁹³.

Podemos inferir del párrafo anterior, que la Constitución Española al proteger la Libertad de empresa, está protegiendo la Libertad de contratación, eso significa que los privados tienen autonomía para decidir la forma y el fondo del contrato. Además, dicha Constitución ostenta el modelo de economía de mercado, ello conlleva que en las negociaciones entre las partes que posteriormente den como resultado un contrato, será Ley entre las partes. En un modelo de economía de mercado, se deja al criterio de la autonomía privada cualquier forma de la libertad contractual o contrato al que arriben los sujetos intervinientes y se pueda lograr en base a la no intervención del Estado cuando se realiza el negocio jurídico entre los privados, para que posteriormente se dé paso a la manifestación de la voluntad –contrato-.

En palabras de Rodríguez Pérez, Jorge A. (2011) que confirma nuestro análisis sobre este apartado constitucional, cuando señala lo siguiente:

“Esta faceta de la libertad de empresa incide en los procesos de contratación y, especialmente, a la hora de fijar el contenido de las prestaciones que son objeto de tales contratos. Dicho esto, conviene aclarar de inmediato que esa autonomía contractual nunca ha sido concebida por nuestro ordenamiento como una libertad de tipo absoluto y, por supuesto, tampoco lo es después de su refrendo constitucional. Es más, cabría afirmar que dista mucho de serlo, si nos atenemos a sus importantes limitaciones”⁹⁴.

Respecto al derecho de libertad empresarial y por ende, al de Libertad de Contratación, el Tribunal Constitucional Español, otorga protección relativamente escasa a estos derechos cuando se presenten limitaciones o infracciones de Derechos y Libertades de contenido económico. Por ejemplo, cuando se reclama por la restricción

⁹³ Constitución Española 1986 Capítulo II, artículo 38°

⁹⁴ RODRÍGUEZ PÉREZ, Jorge A. (2011). “El Derecho a la Libertad de Empresa del Artículo 38° de la Constitución Española: Estudio sobre su Interpretación y las Dificultades para su desarrollo y aplicación”. Tesis Doctoral, por la Universidad las Palmas de Gran Canaria. Facultad de Ciencias Jurídicas. Págs 66-67

del Derecho de propiedad o la restricción de alguna de las Libertades económicas – empresarial o de contratación–supuestamente protegidas por la Constitución española, podemos percatarnos que ninguna de las mencionadas, ostenta el acceso a la Garantía Constitucional de Acción de Amparo, ya que el TC reserva el Proceso de Amparo a las vulneraciones de los Derechos y Libertades reconocidos en los artículos 14° a la 29° de la Constitución Española, así como a la objeción de conciencia del artículo 30° es allí donde los mencionados artículos disfrutan de una doble protección, el primero mediante la vía civil ordinaria y segundo, por el Amparo. Sin embargo el artículo 38° de la Constitución Española –Libertad de empresa- no está dentro de los artículos antes mencionados, por lo que no está premunido de la protección estatal que aparenta tener⁹⁵.

B. Características

La Libertad de Empresa en el Derecho Español ostenta dos dimensiones, la primera es objetiva basado en la economía de mercado; y la segunda es subjetiva que se basa en el inicio y sostenimiento de la actividad empresarial. Además, dicha Constitución excluye como Derecho fundamental a la Libertad empresarial⁹⁶. Entendemos que el Derecho Constitucional se presentan como un Derecho de mínimos o de límites⁹⁷, es decir, que el legislador no pretende agotar la materia que regula,

⁹⁵En la Sentencia del TC español 36/1999 de 22 de marzo: “Y es que los Derechos fundamentales y Libertades públicas susceptibles de amparo Constitucional en el proceso que lleva este nombre son solamente aquellos a los que se refiere el expresado artículo 53.2 CE, es decir, los reconocidos y declarados en los artículos 14 a 30 CE”. Y la STC 118/1983, de 13 de diciembre: “En el caso, el demandante de amparo alega la presunta restricción de los artículos 7, 10, 28, 37 y 38 de la CE. El TC afirma que los artículos 53.2 de la CE y 41 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, reservan el proceso de amparo a las vulneraciones de los Derechos y Libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución, así como a la objeción de conciencia del artículo 30. Esta precisión obliga a quien pretende acudir al Tribunal Constitucional a plantear el recurso por la infracción concreta de tales específicos Derechos y Libertades y no por la presunta contradicción con algún principio general que pueda ser extraído del texto Constitucional, que solo podrá ser alegado al amparo, en la medida en que aparezca recogido, y con alcances y límites con lo que sea, por algunos de dichos preceptos y conduce en el momento actual la necesidad de preguntarse cuál es el concreto Derecho afectado por la sentencia impugnada. Véase en RODRÍGUEZ PÉREZ Jorge A. “El Derecho a la Libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución Española: estudio sobre su interpretación y las dificultades para su desarrollo y aplicación”. Ob. Cit., págs. 300 - 301

⁹⁶ *Ibidem*

⁹⁷ “Los otros Derechos son Derechos de máximos, es decir, pretenden prever todos los supuestos que puedan producirse en la vida social: civil, penal, laboral, administrativa, (...), etc.” PÉREZ ROYO, Javier. “El Derecho Constitucional”. Lectura N° 4 compilación de lecturas para el curso de Derecho Constitucional por Raúl Ferrero Costa. Págs. 43-65 “La Constitución es una norma incompleta, no lo regula todo: ni puede ni debe hacerlo; no puede porque, pese a su relativa extensión (169 artículos, 4 Disposiciones Adicionales, 9 Disposiciones Transitorias y una Derogatoria), no contiene todo el ordenamiento del Estado; y no debe porque la democracia consiste precisamente en ofrecer varias alternativas políticas, entre las que pueden elegir los ciudadanos primero, y después sus representantes, mediante la aprobación de leyes y de medidas que sirvan para dar contenido a múltiples preceptos Constitucionales”. Véase en RODRÍGUEZ PÉREZ Jorge A. (2011) “El Derecho a la Libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución Española: estudio sobre su interpretación y las dificultades para su desarrollo y aplicación”. Tesis Doctoral por la Universidad de las Palmas de Gran Canaria. España p. 252

tampoco intenta prever todos los supuestos que puedan producirse en cualquier esfera de la vida social. En el caso Español, es insondable que una Libertad tan concreta como es la Libertad empresarial, solo tenga una protección aparente, es decir, si a una persona se le ha vulnerado ese Derecho, solo tiene acceso al resarcimiento a través de la vía ordinaria, que comúnmente es un proceso lato. Es importante resaltar que, la Constitución se construye bajo principios generales y abstractos como igualdad y Libertad, sin embargo, cuando se presentan casos concretos como la Libertad Empresarial, debería existir una protección directa, como el Amparo, de esta manera los privados podrán sentir confianza en el Estado.

Si la Constitución Española no protege de manera directa el modelo económico que ostenta, entonces ¿cuál es el modelo económico que merece su protección? Según la apreciación de Jorge Rodríguez:

“La Constitución reconoce y tutela intereses económicos contrapuestos o, mejor, que no son homogéneos (propiedad privada y función social; propiedad privada y expropiación; libertad de empresa y planificación; libertad de empresa e intervención empresarial, etc.), además genera condiciones para que exista equilibrio y armonización de los mismos. Así también, a través del principio de interés económico prevalente en un medio objetivado (el mercado), la Constitución define un orden económico que no tiene necesariamente que ajustarse a un modelo o sistema económico determinado conforme al cual debieran, además, medirse o valorarse la regularidad de las actuaciones o comportamientos de los sujetos económicos”⁹⁸.

Colegimos lo siguiente, que la Libertad de Empresa no está Garantizada como un Derecho fundamental, es por ello que no tiene protección Constitucional además, según José Leyva Saavedra (2011) es de la opinión de que al tutelarse el Derecho a la Libertad de empresa, se incorpora dentro de ésta, la autonomía privada en el ámbito económico y con ello la Libertad que tiene todo individuo de emprender una actividad económica⁹⁹. Por lo tanto, ya que la Libertad de contratación –autonomía privada- se encuentra incorporada dentro de la Libertad de empresa, tampoco será amparada por la Constitución Española. Arguye Saavedra, que si la Libertad de contratación no se encuentra de manera explícita en la Constitución, es posible inferirla del conjunto del

⁹⁸ RODRÍGUEZ PÉREZ Jorge A., Op. Cit., pág 193

⁹⁹ LEYVA SAAVEDRA, José., Op. cit., págs. 279-280 La Libertad empresa genera obligación al Estado a fin de proteger a los particulares. Significa que le debe otorgar mayor Libertad a las actividades de los particulares en aspectos económicos para que sea compatible sus intereses con las del Estado. Explica, PAZ-ARES- Alfaro (2003). “Ensayos sobre Libertad de empresa”. En: AA.VV. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luís Diez picazo. Madrid, Tomo IV, P. 5978

sistema. Lo que busca dicho ordenamiento, es introducir un mínimo de seguridad jurídica con la finalidad de que la sociedad se autodirija¹⁰⁰.

Respecto a la Libertad de Contratación que hemos inferido de la Libertad de Empresa, DÍEZ-PICAZO & PONCE DE LEÓN (1998) señalan que es una relación jurídica entre dos o más personas que realizan en el uso de su Libertad, de su iniciativa y de su autonomía privada un contrato de acuerdo con las reglas que ellos mismos se han dado y que tiene previsión del futuro¹⁰¹. Para ambos pensadores, la Libertad contractual tiene su base en la Constitución que es la piedra angular que permitirá autorregular los intereses privados. Así mismo la Libertad de mercado que la Constitución consagra, favorece la Libertad contractual. Al contrario, una norma contractual basada en una economía estatalizada o intervenida, sería Constitucionalmente inadmisibles¹⁰².

Para nosotros, un modelo intervencionista que no respete la Libertad contractual, está fuera de época y totalmente fracasado¹⁰³, debido a que un sistema regulatorio no genera consenso social sino rechazo por parte de los particulares, ya que, una intromisión del Estado a las negociaciones de los particulares solo generará estancamiento en el tráfico económico. La Constitución Española, es un tanto contradictoria, como vimos líneas arriba, ya que no considera como derecho fundamental la Libertad empresarial. Sin embargo, podemos apreciar que si bien señala que posee una economía de mercado, se contradice cuando afirma lo siguiente:

“Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”. (Art. 28 Inc. 2 CE).

Concluimos que, en una Economía de Mercado se favorece: el liberalismo económico, el tráfico económico, la autonomía privada que son señales de Libertad económica en todos sus aspectos. En un modelo económico donde se respete el libre mercado a cabalidad, la intervención estatal es mínima, casi nula, dado que el Estado

¹⁰⁰ *Ibidem*

¹⁰¹ DÍEZ-PICAZO, Luis & PONCE DE LEÓN (1998). “CONTRATO Y LIBERTAD CONTRACTUAL”. Revista *Themis* págs. 8-9

¹⁰² Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis & PONCE DE LEÓN. “CONTRATO Y LIBERTAD CONTRACTUAL”. Ob. Cit., p. 9.

¹⁰³ PÉREZ, Alejandro. *Constitución y Economía*. Buenos Aires: De Palma, 2000; pp. 12 y 13.

solo interviene de manera excepcional en base a su actuar subsidiario. Respecto al modelo constitucional español, podemos advertir que se permite cierto proteccionismo que no está velado, ya que el afán intervencionista se encuentra estipulada en la propia Constitución (Art. 28), que conlleva a que el Estado se tome las prerrogativas de interferir en la autonomía privada; es decir, la Libertad empresarial y de contratación deben pasar primero por el filtro estatal además, de su discrecionalidad.

2.2 LIBERTAD DE CONTRATACIÓN: PLANO CIVIL

Al igual que en la Constitución, la libertad de contratación no se encuentra estipulada en el Código Civil Español, sin embargo podemos encontrar que se encuentra regulado el tema concerniente a los “contratos”. Cabe resaltar que en el Código Civil español, la definición de contratos no existe, limitándose a indicar lo siguiente: "el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio". (Art. 1254°)

A. Características de los Contratos

La autonomía privada, la libertad de Contratación, la obligatoriedad entre las partes, son algunas de las características que poseen los contratos en el código civil español; pasaremos a describir cada uno de ellos.

A.1 Autonomía Privada

El Código Civil español usa la herramienta descriptiva para referirse a los contratos, no obstante, lo expuesto en el artículo 1254° evidencia el respeto por la autonomía privada que el legislador deja al criterio de los contratantes. El contrato tiene un contenido netamente patrimonial, es decir, la finalidad de contratar es percibir utilidades. Todo contrato genera una serie de obligaciones ya sea de dar, de hacer algo o no hacer; de ello se deduce que el contrato es ley entre las partes, tal como lo afirma el artículo 1091° del Código Civil español, pues lo que se pacta entre los privados es como si de Ley se tratase. Por lo tanto, si una de las partes ha sido vulnerada por la otra, puede solicitar reivindicación en los Tribunales, ya que todo contrato es fuente de obligaciones¹⁰⁴.

¹⁰⁴ <http://www.expansion.com/diccionario-economico/contrato.html>

“Se adoptó al Código Civil la idea de que la mejor forma para llegar a un contenido contractual justo es que el contrato sea libremente consentido”¹⁰⁵. “Para lograr La libertad es pieza fundamental para la consecución de la celebración de un contrato justo”¹⁰⁶. De esta manera también se infiere que la libertad contractual ha sido regulada implícitamente en la Constitución Española¹⁰⁷. Uno de los principios que inspira la Constitución económica española es la iniciativa privada, este es producto del reconocimiento del principio de dignidad de las personas y de libre desarrollo de la persona en el ámbito económico (Art. 10 CE)¹⁰⁸. La ley como fuente formal del contenido contractual fue relegada a un segundo plano como norma supletoria de la voluntad de las partes¹⁰⁹

A.2 Libertad de Contratación

La Libertad de contratación no se encuentra de manera explícita en el ordenamiento civil español¹¹⁰, creemos que se puede deducir a partir del artículo 1255° del C. C. español cuando señala lo siguiente: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”. En consecuencia, tanto la Libertad de contratación y la Libertad contractual se encuentran amparadas por el ordenamiento

¹⁰⁵ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN. (2007) “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, 6ª ed., vol. I, 2007, p. 56

¹⁰⁶ Ibidem

¹⁰⁷ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN. (2007) “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”. Óp. Cit. P. 56 quien sostiene que aun cuando la libertad de contratación no aparece mencionada dentro de la Constitución, hay que entender que es consecuencia necesaria de ella.

¹⁰⁸ Ibidem

¹⁰⁹ MORALES QUINTANILLA, CARLOS RENÉ (2014). “Las Condiciones Generales de los Contratos y el control del contenido frente a las Cláusulas abusivas”. Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca- España. Pág. 23

¹¹⁰ Código Civil español. TÍTULO II. CAPÍTULO I Artículo 1254.

El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.

Artículo 1255.

Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

Artículo 1256.

La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

Artículo 1257.

Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los Derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley.

Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada.

Artículo 1258.

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

civil español donde ambas son expresiones del principio de la autonomía de la voluntad. Respecto al primero, permite que la manifestación de la voluntad se concrete; y el segundo, está relacionado con el negocio jurídico, aquí las partes elucubran la posibilidad de contratar para que posteriormente se evidencie la decisión de contratar o de no hacerlo. Lo que ha buscado el legislador con este artículo, según nuestro parecer, vendría a ser la función social, pues lo que no se busca con este tipo de normas, es beneficiar solamente a las partes contratantes, sino incluir a la colectividad. Es por ello que el Estado le incorpora prerrogativas a las partes contratantes con la finalidad de que sean ellas quienes se autorregulen en su búsqueda del mayor bienestar.

Para reforzar ambas características del contrato, traemos a colación lo expuesto por Gamarra Álvarez, Carmen M^a (2016) cuando señala que el elemento esencial del contrato, es el que está regido por la autonomía de la voluntad, pues su validez emana de la voluntad común de las partes que únicamente se subroga al contenido de lo previamente estipulado. Añade Gamarra, que lo establecido en el artículo 1255° del C.C. español, constituye el núcleo central de la noción de "negocio jurídico" debido a que el contrato es un negocio jurídico bilateral, productor de obligaciones. Además, dicho artículo consagra el principio de Libertad contractual, que deja al criterio de las partes contratantes cualquier modificación, desistimiento, incumplimiento¹¹¹ respecto al contrato pactado. Se establece un principio referido a la voluntariedad contractual, y es que todo pacto entre los privados no debe afectar a la moral ni al orden público o ser contrario a Ley¹¹².

A.3 obligatoriedad entre las partes

El Artículo 1256° del mismo código, señala lo siguiente: “La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”. Debido a que el carácter de un contrato es bilateral, éste surge por la voluntad de las dos partes contractuales. Por lo tanto, dejar la interpretación de la validez o el cumplimiento a una de ellas, conlleva la nulidad del pacto, aun cuando esté suscrito por las mismas¹¹³. La norma española alude al Pacta Sunt Servanda, significa lo siguiente: “lo pactado obliga”. Se trata de una regla jurídica que señala que las partes

¹¹¹ en base a un análisis costo –beneficio, incumplir el contrato y pagar la penalidad puede resultar más provechosa. Por ejemplo A tiene un contrato de línea Post pago con telefónica por un periodo de año y medio. A después de un determinado tiempo se percata que en el mercado las otras operadoras de telefonía celular están ofreciendo mejores ofertas que su contrato. A hace la evaluación costo-beneficio y decide cambiarse de operador y pagar la penalidad.

¹¹² <http://www.expansion.com/diccionario-economico/contrato.html>

¹¹³ <http://www.ilpabogados.com/sumision-de-la-eficacia-del-contrato-unas-de-las-partes/>

contratantes deben cumplir el contrato bajo sus propios términos. El Código Civil español en el artículo 1091 afirma que, “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”, este artículo se ve reforzado con el siguiente que señala que “el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de una u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio” (artículo 1.254 del Código Civil). Los artículos mencionados reafirman la idea de que los contratos se usan con la finalidad de la circulación de bienes y servicios, así se demuestra que los contratos cumplen la función de conseguir una situación económica mejor para los privados.

2.3 LIBERTAD CONTRACTUAL DESDE EL ENFOQUE ECONÓMICO

En nuestros días estamos viendo como la manera de contratar está evolucionando, los contratos paritarios que solíamos usar están siendo desplazados por contratos modernos, cuya finalidad es acelerar el tráfico comercial. Estos contratos modernos, llamados también por adhesión, se caracterizan por evitar la negociación bilateral y solo dejar a una de las partes –la proveedora- que se encargue de la redacción del contrato, por ende solo le queda a la otra parte tomarlo o dejarlo.

Una de las mayores ventajas de este tipo de contratación en masa o contratos por adhesión es la celeridad con la que se concretizan los contratos y por ende, fluidez en el tráfico económico y ello da como resultado una reducción en los costos de negociación; sin embargo, suelen existir aspectos negativos en este tipo de contratación, y es que debido a la unilateralidad de la redacción del contrato, muchas veces se incorporan cláusulas vejatorias para la parte adherente, ello conlleva a que se considere a dicha parte, como la más débil y por lo tanto, se buscará la intervención del estado con la finalidad de regular o proteger al contratante débil. Nos queda claro que la finalidad de los contratos es mejorar la situación económica del que nos encontrábamos y maximizar nuestras utilidades; sin embargo, sabemos que el beneficio económico que las partes buscan obtener no puede estar exento de los límites que la normativa impone.

La Constitución Española en el artículo 38° hace una referencia a la Libertad empresarial, explicación que ya hemos realizado previamente. Sin embargo, el ejemplo que veremos a continuación, mostrará que dicha libertad se encuentra limitada por el

criterio del Estado, pues éste considera que es necesario regular el acuerdo arribado por las partes.

El Tribunal Supremo Español, a través de la sentencia 705/2015 del 23 de diciembre ha declarado vejatoria la cláusula en la que el BBVA exige al prestatario del crédito hipotecario los pagos por gastos, tributos y comisiones derivados del préstamo hipotecario. Por tanto, es Nula la cláusula que exigen que el prestatario se encargue de todos los pagos. Dicho fallo, anula las cláusulas suelo¹¹⁴ de los préstamos hipotecarios y condena a la entidad bancaria a resarcir a la demandante las cantidades que le cobró en virtud del límite de interés de 3,5% anulado.

Dicha condena exige a la entidad bancaria que devuelva los 3.371 euros de gastos notariales e impuestos derivados del préstamo, ya que es obligación de ambas partes del contrato pagar de forma equitativa los gastos arancelarios notariales y registrales, puesto que la entidad prestamista es la primera interesada en la elevación a escritura pública de los documentos. Por lo tanto, El juzgado de primera instancia, declara fundada parcialmente la demanda presentada por la titular de la hipoteca y señala que la entidad bancaria “no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil”, por lo que considera que debe abonar los impuestos sobre actos jurídicos documentados que le correspondieran¹¹⁵.

El carácter proteccionista es evidente en la sentencia esbozada líneas arriba, estamos de acuerdo en la nulidad de las cláusulas suelo que no permiten que el prestatario se beneficie de la caída del Euribor y con ello la tasa de interés que paga de manera mensual, sea menor. No obstante, discrepamos con el fallo respecto a que el banco tendrá que cubrir la mitad de los costos del contrato accesorio generado por el crédito hipotecario, es decir, cubrirá la mitad de los gastos notariales y registrales. Por lo que este fallo encarecerá los costos del préstamo hipotecario en el futuro, dado que

¹¹⁴ Es una condición del banco que impide a consumidores bancarios que han adquirido una hipoteca, beneficiarse de la caída del Euribor que pagan cada mes. Ésta cláusula establece un mínimo de interés a pagar, es decir, están estipuladas como interés variable dentro del contrato; en un principio estas cláusulas son legales; sin embargo, se ha considerado ilegales por tener carácter abusivo o porque los bancos no han informado de manera transparente de su existencia dentro del contrato. Hoy en día los bancos están obligados a entregar un folleto donde se evidencie las características del contrato hipotecario. También se puede negociar las cláusulas suelo, pero si el banco se niega a aceptar, el cliente puede cambiarse de banco. Véase en: <https://www.idealista.com/news/finanzas/hipotecas/2015/09/10/739097-que-es-la-clausula-suelo-te-lo-explicamos-en-un-minuto-video-diccionario>

¹¹⁵ “Juzgado Primera Instancia de Barcelona Condenan al BBVA a devolver los gastos notariales de una hipoteca abusiva” Véase en: <http://www.expansion.com/juridico/sentencias/2017/01/03/586be279268e3eef1f8b460d.html>.

el banco trasladará dicho costo adicional a la tasa de interés, que al final lo tendrá que pagar el propio consumidor.

Es necesario considerar que el mercado cuando funciona adecuadamente otorga garantía a los contratantes además, se cerciora que la elección hecha por el adherente sobre una propuesta que el proveedor realizó al mercado, es un acto de autonomía privada es decir, libertad contractual y de contratación que vendría a ser la “elección libre y voluntaria de una de las ofertas del mercado”¹¹⁶. El mercado, bajo las cláusulas generales de contratación, es capaz de satisfacer las grandes necesidades de los consumidores además, de brindar celeridad a las negociaciones. El Artículo 1255 del C. Civil español, señala que “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”. El fallo que realiza el Estado en contra del BBVA está limitando la competencia empresarial y obstaculiza una correcta autodeterminación bilateral de las partes del contrato, celebrado bajo condiciones generales, y por ende, impide que se garantice la eficiencia contractual en estos aspectos.

Debemos hacer hincapié en que las partes han aceptado estar de acuerdo con lo estipulado en el contrato de manera libre y voluntaria. Sin embargo, es preciso destacar que los contratos redactados bajo cláusulas generales de contratación suelen contener cláusulas abusivas, como la cláusula suelo, que no permite que el consumidor bancario pueda beneficiarse con el descenso del Euribor y por ende, pagar una menor tasa de interés. Por otro lado, el hecho de que los costos por inscribir la garantía hipotecaria tengan que ser por cuenta del banco, es un exceso en dicho fallo ya que, quien realiza la solicitud del crédito es el consumidor bancario, y por ende es la obligación de pagar por dichos costos. Al respecto, BULLARD GONZÁLEZ, señala que el que esté dispuesto a desprenderse de un bien (el banco al entregar el crédito) si lo que se le da a cambio «vale más» para él que lo que entrega (el banco recibe tasa de interés acordada) y viceversa (la consumidora pagará la tasa acordada). Es una valoración de costes y beneficios realizada por el individuo (banco- consumidor) que guiará su forma de tomar la decisión de contratar (decisionmaking). Si el balance de esa valoración da un resultado positivo (aceptación del contrato), procederá a realizar la transacción en la medida que valore que el beneficio a obtener es superior al coste que

¹¹⁶ MORALES QUINTANILLA, CARLOS RENÉ (2014). “Las Condiciones Generales de los Contratos y el control del contenido frente a las Cláusulas abusivas”. Op. Cit., p. 23-45

le reportará (en el caso de la consumidora la compra de su casa por un pago mensual del crédito)¹¹⁷.

DÍEZPICAZO PONCE DE LEÓN, sostiene que unos de los grandes principios de orden económico es el de libre iniciativa privada, las personas sólo son libres si puede actuar libremente en el ámbito económico sin injerencia de ninguna parte. De ello se extraen otras libertades como la de mercado, de empresa, de concurrencia económica y contratación, lo que resulta que la contratación de bienes y de servicios debe ser realizados por los interesados de manera libre y se producen de acuerdo con la voluntad de los privados¹¹⁸. Existe eficiencia productiva cuando los menores precios o un aumento de la cantidad ofrecida de los productos se trasladan al consumidor bancario por consiguiente, se evidencia un incremento del bienestar del conjunto de la sociedad. Pero, eso solo ocurre cuando la existencia de una competencia efectiva entre las empresas sin intervención del estado, solo por mecanismos de regulación de la oferta y demanda pueden constituir elementos definitorios de la economía de mercado, que se encargue de disciplinar la actuación de las empresas y reasignar los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes.

2.4 LIBERTAD DE CONTRATACIÓN EN LOS SERVICIOS NOTARIALES

Anteriormente hemos podido observar que la libertad de Contratación la hemos inferido de la Libertad de empresa, por lo que de manera expresa no se encuentra estipulado. Sin embargo, la Libertad de elección que está inmersa dentro de la Libertad de contratación se encuentra en el Reglamento Notarial español¹¹⁹, donde está regulado. Es por ello que, empezaremos nuestro desarrollo sobre el tema de la Libertad de Elección Española.

2.4. 1 Concepto

La Libertad de Elección permite a las partes poder disponer sin coacción de las alternativas que el mercado le ofrece. En una economía de mercado como la que ostenta la Constitución Española, la Libertad de Elección se encuentra protegida en el Reglamento Notarial, y es que los consumidores tienen el derecho de elegir al Notario del distrito que sea relevante en el contrato que se está realizando con la entidad

¹¹⁷ BULLARD GONZÁLEZ, A., Derecho y Economía..., op. cit., p. 337. 39

¹¹⁸ DÍEZPICAZO PONCE DE LEÓN, L., Fundamentos del Derecho Civil, op. cit., p. 56,

¹¹⁹ Reglamento Notarial, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944.

bancaria o financiera. Por ejemplo, los consumidores bancarios al celebrar un contrato principal como el de crédito hipotecario y como consecuencia se tenga que realizar un contrato accesorio –Constitución de la Garantía Hipotecaria–, entre la Notaría y el consumidor bancario, éste último puede elegir al Notario que le resulte más accesible en el ámbito territorial que le corresponde.

Antonino Joya (2003)¹²⁰ plasma su punto de vista respecto a la Libertad de Elección notarial y refiere que para él un Derecho básico y hasta más importantes que el Derecho a recibir información transparente, es el Derecho a poder elegir con quien contratar; porque cuando se es libres para elegir, el consumidor se preocupa de obtener información sobre el bien o servicio que van a adquirir, analizan fundamentalmente el precio y la calidad. Esa capacidad de Elección de la demanda conseguirá que se dinamice la economía de libre mercado. El ofertante en su actividad profesional empezará a estar atento sobre las necesidades de sus clientes, mejorando sus servicios, tratando de ofrecer la mejor calidad a cambio de un precio atractivo para así captar, satisfacer y fidelizar a su clientela¹²¹.

Sin embargo, existen dos razones fundamentales para no hacer uso del Derecho a elegir refiere Joya; la primera, es que las circunstancias son inapropiadas para elegir aquel Derecho de forma adecuada, como cuando se nos presenta un mercado imperfecto donde haya imposiciones de los agentes económicos. Por ejemplo, un monopolio, un cártel. La segunda razón es que se desconoce su propia existencia y esta situación de desconocimiento favorecerá a una de las partes de la relación contractual.

Para que exista Libertad de Elección refiere José Manuel García Collantes (2014)¹²² destaca que es imprescindible que haya transparencia de información para que los consumidores bancarios tomen decisiones más razonadas; así también, es importante tomar las medidas necesarias para prevenir las posibles crisis causados por el sobreendeudamiento¹²³. Collantes refiere que los Notarios juegan un rol determinante a la hora de asesorar a los consumidores previamente a la firma de un producto financiero. “Los Notarios son señal de debida independencia, información y claridad al ciudadano a la hora de adquirir un producto financiero”. Por lo tanto, Es imperativo reforzar la información sobre la libre Elección de Notario, además, se debe prohibir a los colegiados a desplazarse a las entidades financieras para firmar contratos,

¹²⁰ Antonino Joya es director de Relaciones Institucionales de la Organización de Consumidores y Usuarios de España.

¹²¹ JOYA, Antonino. “El Derecho a Elegir”. Escritura Pública Versión Digital 2003 Pág. 49

¹²² José Manuel García Collantes es Presidente del Consejo General del Notariado Español Revista virtual. “Escritura Pública Sumario N° 89”. Setiembre- octubre 2014. Pág. 9-10

¹²³ Ibidem

ya que de esa manera se estaría corrompiendo la adecuada función notarial. Para cerrar su idea agrega también lo siguiente: “Quizá no hayamos Estado a la altura de enfocar el fenómeno de acceso universal al crédito y a productos financieros complejos, pero debemos intentar resarcir el perjuicio causado y recomponer satisfactoriamente las consecuencias negativas de estos sucesos sobre los consumidores”¹²⁴.

Del mismo modo, Alfonso Cavallé (2014)¹²⁵, se refiere a la libre Elección del Notario como es un Derecho inherente del consumidor, cuyos efectos se evidencian tanto en la fase precontractual y contractual; por lo que es necesario recibir información completa y transparente, de lo contrario se afectaría el principio a obtener información jurídica adecuada. No obstante, si se restringe el derecho de Libertad de Elegir sería considerado como un abuso”¹²⁶. Adicionalmente, Cavallé señala que el Estado pone como herramienta la intervención del Notario con la finalidad de que se encargue de la defensa de los Derechos e intereses de los consumidores y usuarios de productos financieros e hipotecarios, cuando éste recibe los documentos emitidos por las entidades financieras, como la Ficha de Información Personalizada sobre el préstamo que se le hará al consumidor bancario para posteriormente revisar los documentos en la notaría y asesorar al consumidor. Ello garantizaría un consentimiento libre, verdaderamente formado e informado por parte del consumidor

2.4.2 Características

La Libertad de Elección en la contratación notarial en España, se presenta con dificultades, según lo manifiesta Pepa Martín Mora (2005), sucede cuando las entidades del sistema financiero –que suelen trabajar con operaciones complejas como las compraventas con préstamos hipotecarios y en las que intervienen varias partes contractuales y diversos operadores económicos como: agencia inmobiliaria, entidad financiera, vendedor, comprador, avalistas-, monopolizan al Notario e imponen al consumidor bancario la notaría con la cual deben contratar; en consecuencia, tratan de dejar sin efecto el Derecho que corresponde al comprador o solicitante del préstamo hipotecario vulnerando un Derecho protegido¹²⁷. En la línea de lo señalado por Mora, en la encuesta realizada por Demoscopia¹²⁸, tomando como universo la población que

¹²⁴ Ídem

¹²⁵ Alfonso Cavallé, decano del Colegio Notarial de Canarias, presidente de la Comisión de Consumo del CGN y responsable del Órgano de Control de Cláusulas Abusivas notarial. En Revista virtual. “Escritura Pública Sumario N° 89”. Setiembre- octubre 2014. Pág. 13

¹²⁶ Ibídem

¹²⁷ MARTÍN MORA, Pepa “La Elección del Notario”. Revista de debate “Escritura Pública” Versión Digital 2005 N° 32 Pág. 46 -47

¹²⁸ Madrid, 8 de mayo del 2003.- a solicitud de la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España a mediados del 2003 se realiza la encuesta por DEMOSCOPIA y esta es una de las principales conclusiones presentada en la primera jornada del VIII Congreso Notarial por José Juan Toharia, presidente de

había adquirido un inmueble con un préstamo hipotecario, se concluye que el 70 % de los ciudadanos españoles admitió no conocer su Derecho legal a elegir Notario. Así fue como la mitad de los entrevistados firmó siempre o casi siempre ante un Notario elegido por terceros, y tan sólo el 16 % eligió personalmente al profesional; un Derecho que el 55 % de los encuestados manifestó que, de saberlo, le hubiera gustado poder ejercer.

Adicionalmente a lo esgrimido por Martín Mora, TOHARIA, José (2003)¹²⁹, agrega que la masiva ignorancia que contribuye a que la Elección del Notario tienda a ser asumida por las entidades financieras sin que haya alguna oposición por parte de los consumidores financieros, genera distorsión a la normativa. Ya que, El 60.8 % de los entrevistados en la encuesta, manifestaron sentir más confianza si son asesorados por un Notario elegido por ellos mismos y tan solo un 1.5 % de los encuestados defendieron sentirse más confiados si el Notario era elegido por la entidad financiera.

La evidencia empírica que proporciona la encuesta realizada por DEMOSCOPIA a pedido del Colegio de Notarios español, es señal de que existen un gran porcentaje de consumidores bancarios que “prefieren firmar la escritura pública en la notaría y estas son cuatro veces más de quienes señalan que prefieren realizarlo en la entidad bancaria. En resumen, es el 58% frente a un 13%. Las principales razones aducidas por los primeros son la mayor seguridad, garantía y confianza que inspira hacerlo en ese lugar. Además el 53.7 % de los entrevistados considera que el Notario dispone en su despacho de más medios para corregir o comprobar cualquier cuestión formal o legal que pudiera plantearse al momento de la firma. La mayoría de los prestatarios entrevistados consideran que la firma en el banco o caja puede de forma más o menos indirecta, terminar representando un factor de presión o condicionamiento para el Notario. Otra información relevante es que un 62 % de las personas que firmaron su hipoteca en la sede u oficinas de la entidad crediticia hubiesen preferido hacerlo en las instalaciones de una notaría”¹³⁰.

Los Colegio Notariales de España están cumpliendo su función de informar a la comunidad Española el Derecho de elegir al Notario de su preferencia por lo que están acortando las brechas de abuso por una de las partes contractuales. En vista de ello, la primera interesada en subsanar el déficit de información con la finalidad de lograr la

demoscopia, empresa encargada de su realización. Según este estudio sociológico más de la mitad de los entrevistados han firmado siempre o casi siempre ante un Notario elegido por terceros y tan solo el 16.1 por ciento de quienes firmaron en una entidad financiera ejercieron su Derecho a elegir a este profesional. Una gran mayoría de los ciudadanos no sabe por ley le corresponde elegir Notario siempre que contraten con un gran operador, como promotores inmobiliarios, bancas o cajas de ahorro.

¹²⁹ TOHARIA, José Juan (2003). “El Notario en su Notaría” Revista de debate “Escritura Pública” Versión Digital Pág. 34 -437

¹³⁰ Encuesta realizada por Demoscopia

libre Elección del Notario es el propio gremio, de ésta manera se distribuirán mejor a los consumidores y así todos los Notarios tendrán utilidades similares.

El gremio de Notarios Español pone especial ahínco para que el consumidor español conozca su Derecho a elegir Notario. Señalan además, que cuando las entidades bancarias no dan a conocer el Derecho que tienen los consumidores, es señal de distanciamiento que tienen dichas entidades respecto a la deontología bancaria¹³¹ – buenas prácticas bancarias-. A mi entender este Derecho que tienen las entidades bancarias de decidir si dan a conocer el Derecho de Elección del Notario al consumidor, evidenciaría la autonomía a las instituciones privadas, el respeto que tiene el Estado por el Derecho de Libertad Empresarial. En todo caso, a quien le corresponde dar a conocer y enseñanza éste Derecho que le corresponde al consumidor, es al propio Estado.

2.4.3 Funcionamiento en el mercado Español

El gremio notarial español está constantemente innovando su tecnología con la finalidad de que la Elección del Notario sea más atractiva para los consumidores además, se ha diseñado una plataforma online donde se encuentran interconectados todos los Notarios del país a través de una red privada que conlleva celeridad y eficiencia en el servicio notarial. Ejemplificaremos lo mencionado de la siguiente manera: Cuando se otorga un crédito hipotecario a un consumidor bancario, se firma un contrato principal con el banco –Contrato de Adhesión con cláusulas generales de contratación-, y posteriormente, existe un contrato accesorio entre el consumidor y el Notario; el contrato accesorio está relacionado con la constitución de la garantía hipotecaria y de esta manera el banco se asegura el pago de las mensualidades por dicho préstamo. El contrato accesorio, conlleva tener que elegir a un Notario del distrito donde se otorgó el crédito o se encuentra el inmueble, la entidad bancaria pone en conocimiento este hecho a la red que se encuentra a disposición de todos los Notarios de España y esto conlleva que se pueda enviar la documentación del cliente de una notaría a otra, lo que brindará seguridad al consumidor para que pueda disponer de su derecho sin restricción, adicionalmente, si el consumidor que ya se encuentra en la etapa de la escritura pública y cree que la notaría no cubre sus expectativas, podrá escoger otra sin tener la necesidad de llevar de manera física la documentación en trámite; por lo tanto, dicha modernización tecnológica de los Notarios españoles facilita el envío de la información de los consumidores que genera un menor tiempo y así el notario pueda

¹³¹ Colegio de Notarios de Valencia. “Elegir Notario es su Derecho”. Folleto Informativo. www.colegionotarialdevalencia.com

disponer de los documentos con antelación y pueda brindar seguridad y confianza al consumidor. Otros beneficios adicionales de dicha red privada son: presentación instantánea de escrituras, la elevación de las escrituras a los Registros Públicos ya no tomará mucho tiempo; la centralización de información, esto es relevante porque será más fácil disponer de información del consumidor sobre temas tributarios. En conclusión, solo le queda al consumidor ir al Notario que crea conveniente con su DNI, ya que el Notario tiene la información del crédito otorgado por la entidad bancaria, luego asesora al consumidor, y posteriormente se firma¹³².

De lo anterior esgrimido, evidenciamos que el Notario español se encuentra en la búsqueda de la eficiencia en los servicios que brinda con la finalidad de poder captar una mayor clientela de manera directa, es decir, sin intervención de terceros como el banco. Entonces, lo que buscan los Notarios es contrarrestar la gran cantidad de clientes que el banco deriva a una notaría específica, generando así un gran perjuicio económico al resto de notarías que no tienen la preferencia del banco. Ello nos lleva a formularnos la siguiente pregunta, ¿cuál sería el criterio que los consumidores utilicen para elegir al Notario en un determinado distrito? La pregunta no es realizada de manera inopinada, pues resulta que el Estado se ha encargado de establecer límites al gremio notarial respecto a los precios de los servicios que ofrecen, es decir, los aranceles que los Notarios cobran por cada uno de sus diversos servicios se encuentra regulados. El precio de los servicios notariales no se forma en base a la oferta y demanda del propio mercado, sino porque se encuentran estipulados en el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios. Y esto es evidentemente contrario a una economía de mercado que propugna la Constitución Española – específicamente el de Libertad empresarial-, pues dicho modelo destaca el desenvolvimiento libre de las partes para contratar donde la intervención estatal es nula o mínima. La respuesta a la pregunta sería que el criterio tendría que estar relacionado entonces con la celeridad en sus trámites, infraestructura, atención personalizada, buen trato, etc. Respecto a la calidad del servicio que brindan según los notarios, no es posible que un consumidor pueda distinguirlo, sin embargo, la entidad bancaria sí, ya que realiza constantes trámites notariales.

En ese contexto, el gremio Notarial no deja al arbitrio de la oferta y demanda los precios de sus servicios, sino que se debe acatar la disposición del Estado que regulado los costos de los servicios notariales en España con el fin de homogenizar el servicio

¹³² Ibidem

notarial¹³³. La pregunta que nos hacemos ahora es la siguiente: ¿de qué manera compiten los Notarios por la clientela? Ya que, La regla general de los consumidores para elegir un bien o servicio es mediante el precio, pues muchas veces la calidad de un bien o servicio está determinada por el precio. Los Notarios afirman que el servicio que brindan otorga seguridad jurídica además de confianza, no obstante, dichos conceptos resultan un tanto abstracto para personas que no suelen consumir ese servicio de manera frecuente.

Creemos que a través de la homogenización de los precios de los servicios notariales, el Derecho a la Libertad de elección notarial se acataría mejor, ya que se reducirían los costos de búsqueda del consumidor dado que cualquier Notario cumpliría la misma función al mismo costo. Sin embargo, nos preguntamos si ¿en realidad el consumidor bancario tiene libertad para elegir? O a través de ese Real Decreto ¿el Estado obliga a elegir? La calidad del servicio notarial es difícil de reconocerlo sobre todo a consumidores que no suelen usar el servicio de manera frecuente. Entonces, ¿por qué buscar un notario cuando el banco puede hacerlo por nosotros? Acaso ¿no es más fácil elegir que el banco elija por nosotros? Al elegir que el banco lo haga, no estamos vulnerando nuestro derecho de elección, lo que hacemos es disponer de nuestro derecho como mejor nos parezca. Creemos que de esa manera el derecho a la libertad de elegir se acataría a cabalidad.

2.4.4 Problemática

El cuerpo de Notarios Español, debido a que no pueden competir según la Ley de oferta y demanda, están tomando medidas para que la competencia entre los Notarios esté relacionado con la Libertad de Elección, para que sea ejercida por cada uno de los ciudadanos españoles. Actualmente, los Colegios Notariales están informando a los usuarios sobre el Derecho de Elección notarial que le corresponde sobre todo cuando se contrata con entidades financieras, ya que existe una cantidad importante de dinero cuando de entidades financieras se trata. El monto de dinero que pagan los consumidores bancarios por la Constitución de la hipoteca es ingente

¹³³ Esta estandarización permite reducir los costes de transacción, tanto en la fase previa a la autorización notarial, en las relaciones existentes entre los clientes y entre los clientes y el Notario; como en la fase posterior, para las relaciones entre los clientes y aquellos terceros que contraten o interactúen con ellos. La utilidad de que los servicios notariales sean homogéneos es reducir los costos judiciales y por ende genera un gran ahorro para el Estado. Véase al respecto, B. ARRUÑADA, "La naturaleza de las actividades de servicios como condicionante de su eficiencia económica", Esic-Market, abril-junio, 1986, pp. 67-84

respecto a otros servicios que brinda el notario¹³⁴, es por ello la insistencia de que la entidad bancaria no derive al usuario a una Notaría en particular. El gremio notarial busca sancionar a los Notarios que no acaten con lo estipulado en su reglamento¹³⁵ respecto a la Libertad de elección. Aunque el reglamento no especifica cómo será la sanción a los agremiados renuentes a acatar la norma.

2.4.5 Enfoques:

a. CONSUMIDOR

La libertad de elección dentro de la Ley general de Protección al Consumidor se encuentra de manera expresa además, el Estado garantiza y protege al consumidor sobre cualquier acto abusivo que se encuentre camuflado como un aparente desinterés del usuario sobre un Derecho reconocido, como es el de elegir al Notario de su conveniencia, sin embargo, La ley que obliga a acatar aquella libertad, no especifica las sanciones que le corresponderían a la entidad o institución que no acate con lo estipulado. Podemos cotejar lo esgrimido en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, podemos apreciar que en el artículo 89.6 dispone lo siguiente:

"En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas: "La previsión de pactos de renuncia o transacción respecto al Derecho del consumidor y usuario a la Elección de fedatario competente según la ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato"¹³⁶.

b. BANCARIO

En la Orden EHA/2899/2011 específicamente el artículo 30 y sus incisos, se puede evidenciar que el Notario está obligado a realiza un papel fundamental y es que éste se encarga de velar porque haya transparencia en la información prestada del banco hacia el cliente; además, de explicar y aclarar cualquier información relevante para el consumidor. En otras palabras, el Notario actúa como si fuese el abogado del consumidor bancario. Adicionalmente, el Notario también está compelido a informa al consumidor sobre todos los costos que acarreará firmar un contrato con el banco así

¹³⁴ Número 1 Inciso f) Escrituras de subrogación y novación modificativa de créditos o préstamos hipotecarios: 30,050605 euros.

¹³⁵ www.colegionotarialdevalencia.com. Folleto informativo "Elegir Notario es su Derecho"

¹³⁶ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Publicado en: «BOE» núm. 287, de 30/11/2007. Entrada en vigor: 01/12/2007 Departamento: Ministerio de la Presidencia. Referencia: BOE-A-2007-20555

como los servicios notariales. Es importante resaltar que los precios por los servicios notariales se encuentran regulados, esto quiere decir, que los precios por dichos servicios no son a discreción de la oferta y demanda del mercado, sino por el Estado.

La Ley Transparencia y Protección del cliente de Servicios Bancarios, señala en su Artículo 30.1 que: "En materia de Elección de Notario se estará a lo dispuesto en el Reglamento Notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944 y demás disposiciones aplicables"¹³⁷. Esta normativa respalda a lo estipulado en el Reglamento Notarial respecto al Derecho que tiene el usuario bancario sobre la independencia que tiene para elegir Notario público. Significa que cuando se realice contratos bancarios –contrato principal- y si existe un contrato accesorio con el Notario, el consumidor será quien lo elija.

Como es indicado por la Ley de protección al Consumidor y la Ley de Transparencia y protección del cliente de Servicios bancarios, lo que se busca con ambas Leyes es generar conciencia al consumidor de que tiene un Derecho reconocido, como es la Libertad de elección del Notario y que solo le queda ejercerlo. De igual manera, Fernando Guerrero Arias (2012) confirma lo esbozado por ambas Leyes cuando argumenta que: "el Derecho reconocido legalmente puede facilitar al consumidor que elija al Notario que más garantía de imparcialidad le ofrezca respecto a la parte fuerte de la contratación". Es usual caracterizar al proveedor como parte fuerte, dado que es él es quien tiene toda la información que va a brindar al consumidor, por lo que la información que proporcione será preponderante para tomar una decisión. Es por ello que el Notario es considerado como tercero imparcial, aunque su postura será informar y asesorar al consumidor sobre las consecuencias de los actos y negocios del contrato que tiene frente e impedir situaciones de abuso o de imposición de cláusulas abusivas o simplemente ilegales. Por lo que resulta necesario que sea el usuario quien lo proponga al dado que es él quien paga por los aranceles notariales.¹³⁸

Adicionalmente, para Fernando Guerrero el respeto por la Libertad de Elección notarial suele ser ventajoso para ambas partes del contrato, es decir, bancos y consumidores, debido que el Notario tiene mejor y mayor conocimiento sobre la hipoteca

¹³⁷ Decreto de 2 de junio de 1944 y demás disposiciones aplicables hace alusión al Artículo 3. Del Reglamento del Notariado "Los particulares tienen el Derecho de libre Elección de Notario, salvo en los actos o contratos en que intervenga el Estado, la Provincia o el Municipio o los establecimientos o entidades que de ellos dependan, conforme a lo preceptuado en el artículo 126 de este Reglamento". Véase en www.portadelamar.com

¹³⁸ GUERRERO ARIAS, Fernando (2012). "Breve recordatorio sobre el principio de libre Elección de Notario". Notario de Manilva, España véase en: www.Notariosyregistradores.com

y sus implicancias así también como que no aparezcan en el Registro de la Propiedad; además, tiene un mejor expertise sobre la competencia territorial del Notario para determinados documentos, especialmente las actas además, de otros servicios¹³⁹. Dichas prestaciones notariales garantizan la seguridad jurídica, y brindan un mejor servicio de confianza.

c. NOTARIAL

El mercado de Notarios españoles se encuentra ampliamente regulado, no solo por el gremio notarial sino también por el Estado. El Notario español se encuentra dentro de lo que se conoce como Notariado latino, es por ello que poseen características regulatorias como: la entrada y salida de notarios a nivel nacional, la existencia de un número limitado de notarios por distrito, el grado de especialización que deben tener los que quieren ejercer dicha profesión, etc. Hemos visto anteriormente que la Constitución Española se rige bajo un modelo de mercado, aunque también hemos apreciado que dicha Constitución es un tanto Contradictoria respecto a su modelo económico, dado que a la vez que es liberal, también es proteccionista. En el caso de los Notario Españoles, podemos percatarnos que el Estado se presenta con un cariz abiertamente Regulador, ello conlleva a que el actuar del Notario obedezca a una serie de parámetros establecidos por Ley, donde el regir de la “oferta y demanda” no tiene efectos.

REGLAMENTO NOTARIAL, Decreto de 2 de junio de 1944 del segundo párrafo Artículo 3° hace mención a lo siguiente:

“Los particulares tienen el Derecho de libre Elección de Notario, salvo en los actos o contratos en que intervenga el Estado, la Provincia, el Municipio o los establecimientos o entidades que de ellos dependan, conforme a lo preceptuado en el artículo 126”¹⁴⁰.

Según dicho artículo todo consumidor tiene derecho de elegir al Notario de su preferencia; sin embargo, algunas entidades que ostenten un gran dominio económico

¹³⁹ Ibidem

¹⁴⁰ CAPÍTULO II. Artículo 126°. De acuerdo con el precepto del artículo 3 de este Reglamento, cuando en una población hubiese dos o más Notarios serán turnados entre ellos los documentos en que intervengan directamente o representados o los contratos por los que adquirieran Derechos u obligaciones el Estado, la Provincia, el Municipio, sus Organismos autónomos, los Bancos oficiales, las Cajas de Ahorro y Montes de Piedad o Instituciones similares a éstas, el Instituto Nacional de Previsión y demás Entidades gestoras de la Seguridad Social, la Organización Sindical y Entidades de ella dependientes, los Colegios oficiales, las Mutualidades y Montepíos Laborales, las Asociaciones de Beneficencia pública, las Empresas que gozan de monopolios concedidos por el Estado, la Provincia o el Municipio, Compañías de navegación y radiodifusión subvencionadas por el Estado, explotadoras de puertos o concesionarias de zonas francas y las Empresas que disfruten de concesiones relativas a servicios públicos en los contratos que se relacionan con los mismos.

o que sean monopolio y que se encuentren dentro de un distrito notarial, se verán forzados a usar los servicios notariales que se encuentren allí; ello nos lleva a inferir que la libertad de elección notarial no está diseñado para ser ejercido por las empresas o entidades mencionadas en el Artículo 126° ya que a ellas les será impuesto el Notario.

En base a lo esgrimido, las preguntas que nos hacemos son las siguientes: Si existe libertad de Elección Notarial y ésta se encuentra protegida, ¿A qué se debe que los consumidores bancarios dejen en manos de terceros, como es la entidad bancaria, su derecho de elección? Y ¿Por qué los Notarios siguen aceptando esa restricción a la libertad de elección cuando realizan Constituciones de hipotecas de consumidores que no los han elegido? Nos queda claro que la Libertad de Elección Notarial está protegido por el cuerpo de Notarios españoles, ya que está plasmada en su Reglamento; sin embargo, éste no es acatado por los agremiados en su totalidad, dado que existen casos nada despreciables que muestran que muchos Notarios españoles prefieren concertar con las entidades bancarias, con la finalidad de que ellas deriven a los consumidores bancarios a sus instalaciones.

Si bien el Reglamento Notarial es bastante claro cuando señala lo siguiente:

“Es el propio gremio de Notarios quienes deben velar por que se respete el Derecho a la Elección notarial, sobretodo, deben buscar que esa Libertad de Elección sea acatada cuando se realizan contratos con cláusulas generales de contratación –como los contratos de adhesión bancarios- por quienes se dediquen de manera ordinaria al manejo de este tipo de contratos y por el usuario que es quien recibe un determinado servicio bajo ese contrato, el Derecho de Elección le corresponderá a éste último, dado que es él quien asumirá el pago de los aranceles notariales. El usuario o consumidor debe seleccionar al Notario del distrito notarial donde se realizó la contratación”¹⁴¹.

Además, dicho Reglamento es tajante cuando manifiesta lo siguiente: “Los Notarios se abstendrán de facilitar toda práctica que implique la imposición de Notario

¹⁴¹ “Los Notarios, en aras de su deber de imparcialidad, cuidarán de que se respete el Derecho de libre Elección de Notario. En los actos y contratos que hayan de otorgarse por varias personas la Elección de Notario corresponderá en defecto de pacto, a quien de ellas deba satisfacer los Derechos arancelarios notariales o la mayor parte de los mismos.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, en las transmisiones onerosas de bienes o Derechos realizadas por quien se dedique a ello habitualmente o bajo condiciones generales de contratación el Derecho de Elección de Notario corresponderá al adquirente, quien, sin embargo, no podrá imponer Notario que, por su competencia territorial, carezca de conexión razonable con alguno de los elementos personales o reales del negocio. Los Notarios se abstendrán de facilitar toda práctica que implique la imposición de Notario por una de las partes con abuso de Derecho, o de modo antisocial o contrario a las exigencias de la buena fe contractual”. (Capítulo IV artículo 142°)

por una de las partes con abuso de Derecho, o de modo antisocial o contrario a las exigencias de la buena fe contractual¹⁴². (Artículo 142°)

Del artículo arriba mencionado, si bien el gremio Notarial es tajante respecto a las acciones contrarias a la Libertad de elección, no obstante, no expone las sanciones que le corresponderá a los agremiados que no acaten con dicho ordenamiento. Debemos advertir, que dicho artículo en el Reglamento notarial, deja en evidencia la concertación entre entidades bancarias y notarías donde la supuesta perjudicada, es la Libertad de Elección notarial. El gremio de Notarios Español está tomando medidas para salvaguardar la mejor distribución de clientes en el mercado notarial y por ende, mejorar la competencia. Ya que, hasta el momento la torta ha sido para unos pocos.

En conclusión, el Derecho a la Libertad de Elección Notarial se encuentra reconocido y protegido por tres normativas Españolas – Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, Reglamento Notarial y la Orden EHA/2899/2011 de Transparencia y Protección del Cliente de Servicios Bancarios- sin embargo, no se encuentra estipulado la sanción correspondiente para el que no acate con respetar dicha Libertad. Tampoco existe ningún mecanismo que imponga y/u obligue a las entidades financieras o bancarias que no den a conocer el Derecho de Elección notarial al consumidor bancario con el que contratan¹⁴³.

2.5 COMPARACIÓN DEL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN EN EL PERU Y ESPAÑA.

Hemos graficado de manera sucinta, las palmarias diferencias a nivel Constitucional entre la constitución Española y la peruana respecto a la Libertad de Contratación y elección Notarial con la finalidad de mostrar las antípodas de cada uno de sus modelos económicos.

¹⁴² Idem

¹⁴³ Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas. Ficha: Órgano MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO. Publicado en BOE núm. 117 de 17 de Mayo de 1989. Vigencia desde 17 de Noviembre de 1989 que dice lo siguiente: "En cuanto a la información que se ha de suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, al establecer en su artículo 5.4 que cuando se promocionen viviendas para su venta se tendrá a disposición del público [...] (la) forma en que está previsto documentar el contrato con sus condiciones generales y especiales, haciendo constar de modo especialmente legible [...] **c) el Derecho a la Elección de Notario que corresponde al consumidor**". (el subrayado y negrita es nuestro)

CONSTITUCIÓN PERUANA	CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA
<p>Se protege la Libertad de contratación Artículo 2° Inc. 14 de la Constitución Política del Perú señala lo siguiente: “A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”. Y el Artículo 62° que dice lo siguiente: “La Libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato”.</p>	<p>No se encuentra esgrimido la Libertad de Contratación sin embargo, se protege la Libertad de empresa y deducimos que la Libertad de contratación se encuentra protegida por ésta. Art. 38° CE “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.</p>
<p>La Libertad de contratación es considerada como un Derecho fundamental, eso significa que ante una restricción de ese Derecho, se puede ejercer la Garantía Constitucional del Amparo.</p>	<p>La Libertad de empresa no es un derecho fundamental, debido a que no pertenece a los artículos de la Constitución española que son considerados Derechos fundamentales. Artículos 14° al 30° es por ello que el Estado no la protege como tal, la vía de resarcimiento ante la restricción de este Derecho es la ordinaria, ello conlleva que la Libertad de Contratación tampoco sea vea beneficiada.</p>
<p>La iniciativa económica es privada, es como resultado del modelo económico prescrito en el artículo 58° de la Constitución y que se encuentra directamente conectado con lo establecido en el inciso 17 del artículo 2° del mismo texto, el cual consagra el derecho fundamental de toda persona a participar, ya sea en forma individual o</p>	<p>La iniciativa económica es pública. Art. 128° Inciso 2 “Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo, acordar la intervención de</p>

<p>asociada, en la vida económica de la Nación</p>	<p>empresas cuando así lo exigiere el interés general”.</p>
<p>El papel del Estado en la economía es solo subsidiario</p> <p>Art. 60° “El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal”.</p>	<p>Su rol es intervencionista.</p> <p>Se deduce del artículo 128° de la CE</p>
<p>Se combate toda práctica que limite la libre competencia es por ello que el Estado no puede desarrollar monopolio.</p> <p>Art. 61° “El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares”.</p>	<p>El Estado puede formar monopolios así como ser empresario. Art. 128° CE</p>

De lo último esgrimido de la comparación realizada, el modelo Constitucional permite que la Libertad de Contratación se respete y por ende, el Estado sea el promotor de que dicha libertad se cumpla de acuerdo al modelo de mercado que se posee. No obstante, si bien la Libertad de Contratación no se encuentra de manera explícita en la Constitución española; sin embargo, ésta se infiere de la Libertad de empresa. Empero, la libertad de empresa no es considerada un derecho fundamental en la constitución, eso significa que frente al abuso, no se puede recurrir a una acción de Amparo, sino a través de una vía lata como es la Vía ordinaria.

Para sintetizar el capítulo II señalamos lo siguiente, que la Constitución Española al proteger la Libertad de empresa también protege dentro de ella a la Libertad de contratación; El modelo económico español que aparentemente protege la Constitución es el de una economía de mercado. Sin embargo, ésta tiene una naturaleza económica contradictoria ya que es proteccionista y liberal a la vez; es Reguladora y busca la Autorregulación empresarial, posee iniciativa pública y Privada, etc. Creemos que dicho Modelo inconstante genera efectos perniciosos a la economía de país, más aún cuando la Constitución Española, a través de su artículo 128° inciso 2 expone que “puede existir intervención a la empresa privada cuando así la sociedad en general lo requiera” y en el Inc 1° del mismo artículo, “el Estado puede crear empresa” ello nos hace pesar que el Estado al tomarse las prerrogativas de empresario o de interventor, puede ahuyentar la actividad empresarial privada. Así mismo, creemos que el estado no puede ser juez y parte en la economía porque no existiría competencia justa en el mercado.

Más aún genera desconcierto que el Derecho a la Libertad empresarial que sostiene a la Libertad de Contratación, no es un Derecho fundamental ya que, ante su restricción no se pueda recurrir al amparo para una protección célere; sino, que para resarcir ese derecho vulnerado la vía idónea es el Proceso Ordinario. El Código Civil español, tampoco ostenta en su articulado la protección a la Libertad de Contratación, aunque ello no impide que se pueda colegir que existe dicha libertad en base a los artículos sobre contratos y defensa de la autonomía privada. Al igual que la Constitución, El Código civil busca que se respete los acuerdos entre los privados así como el orden público y las buenas costumbres.

Nos encontramos en una economía que constantemente está innovando la forma de contratar con la finalidad de hacer que el tráfico económico sea más fluido; los contratos en masa son una forma de buscar celeridad en las negociaciones entre privados, las entidades bancarias y financieras son las que más usan este modelo de

contratación; sin embargo, se ha evidenciado abusos en algunas cláusulas que generan perjuicios a los consumidores bancarios. Por otra parte, nosotros creemos que sería mayor el perjuicio de una intervención estatal para corregir estas fallas de mercado. Una extensión de la Libertad de contratación es la Libertad de Elección, que no se encuentra protegido, menos regulado por la Constitución Española ni por el Código Civil; sin embargo, es protegido por el Estado a través de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, Reglamento Notarial y la Orden EHA/2899/2011 de Transparencia y Protección del Cliente de Servicios Bancarios; es importante resaltar que a través de estos organismos se busca que entidades bancarias y financieras, respeten el Derecho a la Libertad de Elección del Notario que le corresponde al consumidor financiero.

La libertad de elección, se sitúa específicamente en la celebración de contratos accesorios entre el Notario y el consumidor bancario. Estos contratos accesorios se producen dado que la hipoteca se tiene que inscribir y esto solo puede hacerse por un Notario. En España la Libertad de elección notarial se encuentra regulada, eso significa que los consumidores bancarios pueden recurrir a cualquier Notaría que consideren conveniente. Sin embargo, el único criterio de búsqueda del servicio notarial que usarán los consumidores, será el de distancia, pues el costo de los aranceles notariales, está regulado también. De la encuesta realizada por Demoscopia, se puede evidenciar que existe un grupo que prefiere que el banco disponga de su derecho de elegir Notario, ya que suponemos que ellos pueden distinguir la calidad del servicio así como reduce costos de transacción. Los Colegios de Notarios de España, están reforzando las medidas para que se cumpla con acatar éste Derecho, no obstante, creemos que se está restringiendo la libertad del consumidor de disponer mejor de su Derecho. El gremio Notarial que es el promotor de que se cumpla a cabalidad el Derecho a elegir, no está consiguiendo los resultados que espera, ya que tanto las entidades bancarias y financieras así como los consumidores disponen de Libertad contractual; eso significa que tienen libertad negocial para que en uso sus facultades dispongan mejor de su Derecho.

CAPITULO III

LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN EN LOS SERVICIOS NOTARIALES Y EL CONSUMIDOR FINANCIERO

En el capítulo I se trabajó la Libertad de Contratación en el Perú y Luego la libertad de Elección de los servicios notariales, Los enfoques trabajados fueron: Constitucional, Civil, y de Análisis Económico del Derecho, se concluyó que en el Perú existe Libertad de Contratación y la de elección de servicios notariales están autorreguladas, recientemente se ha implementado en el Reglamento Notarial. Es favorable para que se continúe con dichas libertades el modelo económico de mercado. En el Capítulo II se trabajó La Libertad de Contratación y de elección en España; sin embargo, el primero no está protegido por la Constitución ni el Código Civil; y respecto al Segundo, se encuentra recogido en normas de Rango inferior como: Reglamento Notarial, Ley del Consumidor y Ley de Transparencia de Servicios financieros. La libertad de elección Notarial, pese a que es regulado por el Estado, no tiene una acogida mayoritaria por los consumidores, ni por las entidades financieras, creemos que la regla general en los consumidores bancarios es La libertad de Contratación y no la imposición de mecanismos perjudiciales para el consumidor, como es la homogenización en el precio de los servicios Notariales, que suele ser pernicioso para la economía. En el presente capítulo, estudiaremos la libertad de elección en los servicios Notariales y el Consumidor bancario o financiero; y luego, nos centraremos en comparar el ejercicio de la libertad de contratación de los servicios notariales entre Perú y España para continuar con el consumidor financiero.

En este capítulo, esperaremos lograr demostrar nuestra Hipótesis de que la Libertad de Contratación de los servicios notariales, tal y como la conocemos, es decir, Autorregulado no afecta a los intereses de los Consumidores financieros, ya que se privilegia el bienestar económico a la libertad de elegir.

3.1 CONSUMIDOR FINANCIERO

El término consumidor final o usuario no es sinónimo de consumidor financiero, ya que pertenecen a situaciones económicas diferentes sin embargo, el Estado protege a ambos tipos de consumidores aunque dependiendo del campo económico en que se desenvuelvan. En aras de una mejor comprensión para nuestra investigación, es

necesario distinguir el concepto de “consumidor financiero” para que no genere confusión del concepto de “consumidor”, así desarrollaremos mejor nuestro capítulo.

3.1.1 Concepto

Es aquella persona natural o jurídica que requiere servicios vinculados con asuntos bancarios, bursátiles o negocios mercantiles¹⁴⁴ que serán destinados a satisfacer su desarrollo personal o empresarial.

Creemos que el consumidor financiero, tiene otro perfil económico respecto al consumidor común, debido a que éste se desenvolverá solo en el mercado bancario y financiero. Además, este mercado requiere un mayor y mejor manejo de cultura financiera que el consumidor común. Por ejemplo, el conocimiento de las diferentes tasas de interés ayudará al consumidor a tomar una mejor decisión sobre si el crédito que está solicitando le conviene o no. Adicionalmente, los bancos también tienen el reto de brindar un servicio de confianza a los depositantes o superavitarios, para que la tasa de interés que les ofrecen resulte atractiva y decidan mantener sus fondos por un plazo más prolongado para que de esa manera puedan seguir disponiendo de esos fondos y otorgarlo a los deficitarios.

El consumidor financiero, maneja productos complejos que se encuentran dentro de esta industria, es por ello que Marín Soriano, Mayda (2013) afirma que la protección del consumidor financiero está relacionada con Derechos de índole jurídica, que garantizan proteger al individuo o colectividad que utilizan los servicios que provienen de las entidades bancarias o financieras. Los consumidores que soliciten los servicios de depósitos, fiducias, créditos, transferencias, estarán amparados cuando se presenten irregularidades con las entidades bancarias y financieras¹⁴⁵.

No obstante, en la normativa del Código de Protección y Defensa del Consumidor y el Reglamento 8181 -2012 de la SBS, no establecen en sus articulados el concepto de “consumidor Financiero” aunque existe algo parecido pero no exacto, que es el denominado “Cliente”¹⁴⁶. Para nosotros, Dicho término es bastante general y genera confusión con otro tipo de consumidores. Por lo tanto, no caracteriza al usuario que utiliza los servicios que son prestados por la industria bancaria y financiera, sino

¹⁴⁴ MARÍN GALEANO, Mayda Soraya. “La protección de los consumidores financieros”. Revista electrónica N° 2 13 Julio - Diciembre PP. 279- 539 Medellín-Colombia, 2013

¹⁴⁵ Ibídem

¹⁴⁶ Tanto en la Resolución SBS como en el código de Protección al Consumidor definen al Cliente como el Usuario con quien la empresa mantiene una relación comercial originada por la celebración de un contrato.

parece que se tratara de un consumidor cualquiera, que se vincula a un proveedor a través de la celebración de un contrato.

Es por ello que creemos que es importante y necesario que se encuentre estipulado el término “Consumidor Financiero” en el Código de Protección y Defensa del Consumidor y la SBS. Coincidimos con lo que Viguria Chávez, Carlos Alfredo (2012) señala respecto a dicha protección, pues argumenta que es necesario que el Estado proteja al Consumidor que usa los servicios financieros, ya que es en este sector económico que se han presentado la mayor cantidad de denuncias y reclamos realizados a INDECOPI y a la SBS respecto de otros sectores de consumo¹⁴⁷. El problema natural que presenta el sector financiero, es por la asimetría informativa que se evidencia tanto en el plano negocial como en el contractual. La industria bancaria y financiera presenta estándares de tecnificación bastante elevada, generando así contratos conteniendo cláusulas muy complejas para el consumidor. El consumidor financiero que solicita un crédito con algún intermediario indirecto, no suele comprender completamente la información que brinda éste¹⁴⁸ por lo que generará que no se tome una decisión razonada al momento de firmar un acuerdo con el banco¹⁴⁹.

Debemos tener presente que es importante la protección de los consumidores financieros deficitarios, ya que ellos al solicitar un crédito bancario tendrán que aceptar las disposiciones del banco como tasa de interés, tipo de interés, y otras obligaciones como las comisiones o gastos que suelen ser un tanto confusas para el consumidor,

¹⁴⁷ El sector de servicios financieros tiene una alta cantidad de denuncias y reclamos no sólo en la Sede Central de Indecopi sino también en las oficinas de Lima Norte y las oficinas regionales alrededor de todo el país. Como ejemplo, según el Cuadro 02, durante el año 2011, de las 1743 denuncias presentadas ante la sede central de la Comisión de Protección al Consumidor, 406 pertenecen a Servicios Bancarios y Financieros, es decir el 23,29%. A comparación de las demás actividades económicas que no recibieron tantos reclamos: vehiculares (14,23%), inmobiliario (11,30 %), Seguros (9,58%), Educación (9,01%), Servicios Médicos (3,79%), Alimentos (3,21%), Transporte aéreo (2,18%), Calzados y prendas de vestir (2,18%), entre otros. Véase en: VIGURIA CHÁVEZ, Carlos Alfredo. “El consumidor financiero: necesidades de su implementación en el sistema nacional de protección al consumidor”. Tesis para optar el Título de ABOGADO en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2012 pág. 27

¹⁴⁸ La Universidad San Ignacio de Loyola realizó una encuesta en la que se pudo verificar que el 88% de clientes recibieron efectivamente la información pero sólo el 20% entendió el contenido de la misma. En dichas encuestas, se pone en conocimiento que el 40.2% de los encuestados consideró “Confusa” la “Claridad en Contratos Bancarios”. De igual manera, el 50.6% de encuestados que considera “Confusa” la claridad en Estados de cuenta; 50.6% consideró confusa la claridad de los Folletos Emitidos; y 56,2% consideró confusa la claridad de instrucción de cajeros automáticos. Véase en Diario Gestión del 26 de octubre de 2011. En dicho reportaje se informa el Estudio realizado por la facultad de Gestión Comercial del Instituto San Ignacio de Loyola, cuyas encuestas fueron realizadas a 500 clientes bancarios entre ellos hombres y mujeres de 25 a 50 años de edad de los estratos socioeconómicos A,B,C y D en Lima Metropolitana. Véase en: VIGURIA CHÁVEZ, Carlos Alfredo. “El consumidor financiero: necesidades de su implementación en el sistema nacional de protección al consumidor”. Tesis para optar el Título de ABOGADO en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2012 pág. 141

¹⁴⁹ VIGURIA CHÁVEZ, Carlos Alfredo. “El consumidor financiero: necesidades de su implementación en el sistema nacional de protección al consumidor”. Op. Cit. Págs. 120-155

buscan además, seguridad y confianza en las entidades bancarias, debido que esperan que la información que el banco les presenta en el contrato, sea transparente.

3.1.2 Características

El consumidor financiero o bancario presenta las siguientes características:

A. Contratante débil¹⁵⁰

La Constitución Política del Perú garantiza la protección al consumidor¹⁵¹, pero ¿por qué es necesario protegerlo?; y ¿hasta qué punto es obligación del Estado protegerlo?

Sobre la primera pregunta, ¿por qué es necesario proteger al consumidor financiero? el Estado protege al consumidor, porque lo considera la parte débil en la contratación con la entidad bancaria o financiera. Por lo tanto, al Estado le corresponde garantizar plenamente la libertad de contratación cuando se presenten contratos celebrados entre partes con similar poder de negociación, ellos deben circunscribirse a la autonomía privada. Empero, es necesaria la intervención del legislador a efecto de garantizar un equilibrio en la relación contractual cuando en los contratos no exista una igualdad en la negociación y celebración, producto de la asimetría de información. Las contrataciones en masa o contratos por adhesión bancarias busca la celeridad en las contrataciones, reduciendo al mínimo las tratativas entre las partes. Sin embargo, debido a su naturaleza compleja de dichos contratos, el Estado busca la protección al contratante débil a través de la regulación. En otras palabras el Estado busca proteger a dichos consumidores porque carecen del expertise necesario para entender las cláusulas que están dentro del contrato de adhesión además, que por ser redactadas de manera unilateral suelen presentar cláusulas abusivas. Manuel de la Puente y Lavalle define a la parte débil en la negociación contractual como: “aquella que se encuentra en un Estado de necesidad que la lleva imperiosamente a satisfacer tal necesidad mediante la celebración del contrato”¹⁵². Para Manuel de la Puente la protección al contratante

¹⁵⁰ A nuestro criterio existen contratantes débiles o que se encuentran en una peor situación respecto al proveedor bancario, desde dos planos: el jurídico y el económico. Desde el punto de vista jurídico, la parte débil se evidenciará porque no maneja temas de índole legal – normativa, además no desea inmiscuirse algunos temas respecto a lo que va a contratar y muchas veces prefiere dejar al criterio del proveedor la decisión para que éste solo intervenga a través de su firma. Sin embargo, es imprescindible resaltar que la gran mayoría de consumidores bancarios, no tienen conocimientos de la industria bancaria. Respecto al plano económico, hay que entender que la gran cantidad de usuarios bancarios no poseen el mismo nivel económico que su proveedor, también sabemos que existen grupos económicos bastante poderosos que quizá tengan mucho más dinero que el banco, pero no tienen la liquidez necesaria para empezar a realizar algún proyecto de manera inmediata, por tanto, requieren de los servicios bancarios ¿ellos podrían ser considerados parte débil en el contrato? Daremos solución a la pregunta más adelante.

¹⁵¹ Artículo 65° de la Constitución Política del Perú

¹⁵² DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “Las cláusulas Generales de Contratación y la protección al consumidor”. Revista Pucp THEMIS p. 16

débil solo en el sentido que se encuentre vulnerado por un contrato, debe ser de manera secundaria, pues la principal función de éste tipo de contratos es el tráfico masivo de bienes. Afirma además, tanto consumidor y no consumidor –persona jurídica que adquiere un bien o servicio para continuar con el ciclo económico-, pueden caracterizarse como parte débil en la negociación contractual, siempre y cuando se evidencie el Estado de necesidad sobre la adquisición de un bien o servicio que solo posee un proveedor determinado y que solo a través de un contrato se podría satisfacer la necesidad presentada¹⁵³.

Por ejemplo, será considerada parte débil en el contrato si un proveedor presenta una posición de dominio de su producto, donde los consumidores solo puedan recurrir a él debido a que no existen alternativas de consumo. Un caso diferente es que La norma no ha previsto una situación en la que exista monopsonio, donde dicho consumidor quiera manejar a su criterio las negociaciones con el proveedor, por tanto, tenga la última palabra. En este particular caso, según el D. LEG. N° 1045 el proveedor no podría ser considerado parte débil en la negociación

B. Afectado por la Asimetría informativa

Sabemos que la información clara y suficiente¹⁵⁴ es de vital importancia en las negociaciones con el proveedor bancario, ya que cuando vamos a adquirir un bien o servicio es importante elegir de manera racional e informada los productos y servicios presentados por el proveedor además, ayuda a evitar que incurramos en los vicios o errores del consentimiento –por ejemplo, una persona desea adquirir un préstamo para comprar una casa, empero no sabe que dicho contrato posee cláusulas con comisiones bancarias que generan incremento del interés que no han sido manifestadas en la negociación-, que generan decisiones diferentes e inopinadas en cualquier fase de la contratación, que se podrían evitar si se contaría con una información más transparente.

Reforzamos nuestra idea citando a Pedro Antonio Pérez García (1990), que explica que la “información” es considerada como una manifestación de ciencia y no de voluntad, debido a que ésta no genera un efecto jurídico, sino que es un acto jurídico ya que produce efectos jurídicos¹⁵⁵. Por lo tanto, es deber del poseedor de la información

¹⁵³ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. Cit., p. 3

¹⁵⁴ René Descartes hace referencia a que la verdad se debe manifestar de manera clara y suficiente con la finalidad de que en el conocimiento no presente algún atisbo de duda.

¹⁵⁵ PEREZ GARCIA, Pedro. “La información en la Contratación privada”. Ministerio de Sanidad y Consumo. 1990 p. 86

brindarla de manera comprensible, y es deber del receptor aprehender la información con la finalidad de asimilarla con un mínimo de criterio¹⁵⁶.

La industria bancaria y financiera presenta dos tipos de asimetría, la informativa y la negocial¹⁵⁷. La primera, está relacionado con la cantidad y calidad de información verbal y/o escrita que se brinda al consumidor sobre las características del producto con todo detalle de manera clara y transparente; no obstante, esa información que es privilegiada por el acreedor no la puede obtener el consumidor o tampoco la digiere fácilmente. La segunda, es respecto al contrato escrito, en este caso es redactado de manera unilateral sin posibilidad de negociación de la parte adherente donde solo le queda a ésta, aceptar o rechazarla.

3.1.3 Principios

El Artículo 65° de la Constitución peruana obliga a los consumidores y usuarios a que conozcan dos principios generales que todo consumidor debe saber:

- 1) El Estado garantiza el Derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentren en el mercado. Ello está relacionado con la revelación de información veraz, suficiente, y fácilmente accesible.

El artículo 2 del Reglamento precisa que “las empresas sujetas a los alcances de la presente Ley están obligadas a brindar a los usuarios toda información que éstos demanden de manera previa a la celebración de cualquier contrato propio de los servicios que brindan. Dicha obligación se satisface con la puesta a disposición de los usuarios de los formularios contractuales en sus locales, así como en la página web que tengan habilitada al efecto, debiendo designar personal especializado para brindar asesoría a sus clientes sobre los alcances de los mismos”¹⁵⁸.

- 2) Principio de transparencia que “busca una relación más próxima y adecuada entre el proveedor y el consumidor”¹⁵⁹, con la finalidad de que exista sinceridad

¹⁵⁶ MARÍN GALEANO, Mayda. “LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES FINANCIEROS”. Op. cit., p. 11

¹⁵⁷ VIGURIA CHÁVEZ, Carlos Alfredo. “El consumidor financiero: necesidades de su implementación en el sistema nacional de protección al consumidor”. Op. Cit. Pág 121

¹⁵⁸ CASTELLARES AGUILAR, Rolando. (2005) “Comentarios a la Ley N° 28587 ¿Se protege al consumidor de servicios financieros?”, en revista Actualidad Jurídica, n° 141, agosto. Gaceta Jurídica, pág. 21

¹⁵⁹ VILELA CARBAJA, Jorge Eduardo. (2012) “Protección al Consumidor Financiero”. Revista de Derecho Ita lus Esto. Págs. 1-33 véase en: http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/12/3_6-Vilela-Carbajal.pdf

en la negociación en ambas partes contractuales. Busca revelar la intención de cada uno de ellos y de esa manera pueda conseguirse la conformidad de las partes involucradas.

El segundo párrafo del art. 3 de la Resolución SBS N° 1765-2005, señala que es “un mecanismo que busca mejorar el acceso a la información de los usuarios y público en general, con la finalidad de que éstos, puedan, de manera responsable, tomar decisiones informadas con relación a las operaciones y servicios que desean contratar y/o utilizar con las empresas”¹⁶⁰.

A través de estos dos principios se puede deducir que la Constitución peruana es abiertamente pro consumidor, pues de esta manera busca advertir al proveedor que en caso de que no cumpla con acatar dichos principios, el Estado buscará la forma de resarcir al consumidor que se ha visto perjudicado por el abuso del proveedor a través del uso de prácticas y modalidades contractuales perversas además, el Estado también buscará la forma de proteger al consumidor y de favorecerlo cuando existan dudas respecto a la interpretación de los contratos. Por lo tanto, el Estado brinda protección al consumidor financiero, ya que lo considera la parte más vulnerable en la relación contractual además, regula y garantiza la protección al consumidor, adicionalmente, otorga lineamientos a las otras legislaciones –Código de Protección al Consumidor y Reglamento de la SBS- para que participen en la protección al consumidor y usuario, buscando el equilibrio contractual entre los consumidores y proveedores que acceden al mercado de bienes y servicios.

Sin embargo es preciso considerar que dicha protección al consumidor no debe ser excesiva; es decir, debe respetarse los lineamientos establecidos dentro del modelo económico que poseemos –Libertad de contratación, Libertad de empresa, etc.; caso contrario estaríamos yendo en contra de los principios establecidos en nuestra Constitución.

¹⁶⁰ Ley N° 28587 se aprobó la Ley Complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en Materia de Servicios Financieros

3.1.4 Derechos del Consumidor Financiero

La Constitución Política del Perú en el Artículo 65°¹⁶¹ primero, asegura la protección a los consumidores, y señala la forma como el Estado va a manifestarse; luego, propone un Derecho subjetivo. Respecto al primero, dicho artículo expone los lineamientos de protección del Estado respecto a temas relacionados con actividad económica así también, respecto a la defensa de los intereses de los consumidores. En lo segundo, la Constitución peruana faculta a los consumidores y usuarios a que utilicen los mecanismos de defensa del Estado cuando se evidencie una transgresión o abuso –p.e. publicidad engañosa, asimetría informativa, etc.- respecto a sus Derechos; en otras palabras, exige al Estado que actúe inmediatamente a través de sus organismos, con la finalidad de penalizar al proveedor cuando se detecte la existencia de algún tipo de atropello o conducta inidónea por parte de éste.

El consumidor financiero requiere de los siguientes derechos:

- A. **A la información:** el consumidor bancario tiene derecho a la información clara y transparente, ya que de esa manera puede actuar de manera racional para elegir un determinado servicio.
- B. **A la educación:** el entorno en el que nos desenvolvemos es económico y financiero, las familias que viven en ese entorno, tienen necesidades de vivienda, vehículo, empresarial, etc. La educación sobre el mercado bancario y financiero mejora las decisiones de los individuos ya que hacen que comprendan y analicen la gestión de recursos propios y puedan mejorar su nivel de vida. De esa manera puede otorgarse una efectiva protección al consumidor financiero dado que, el consumidor conoce mejor los productos, así como sus derechos y obligaciones¹⁶².

Cuando la educación financiera es sostenida en el consumidor, propicia el acceso a los servicios bancarios, transfiriendo recursos “a través del tiempo”, los consumidores no solo ahorran para el futuro, sino también para las necesidades del presente. Una sociedad educada, puede distinguir abusos por parte del proveedor. Además, se desarrollan externalidades positivas para todo el País:

¹⁶¹ CPP. Artículo 65° “El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el Derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población”.

¹⁶² SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA DIRECCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO. (2012) “Programa de Educación e Información al Consumidor Financiero canales de difusión: Sembrando Cultura para la Prevención”. Pág. 33 véase en: <https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/ConsumidorFinanciero/canalesdifusion2013.pdf>

se fomenta el Ahorro, se maneja mejor el crédito y de esa manera se evita el sobreendeudamiento¹⁶³.

C. **A la protección:** se busca proteger al consumidor por la desigualdad en la información que poseen las partes del contrato (asimetría informativa). Los consumidores bancarios poseen diversos mecanismos de protección estatal y privado. Ciertamente, el Constitucionalismo es más claro cuando manifiesta que si existe Libertad contractual y de contratación, no es necesaria la intervención estatal, ya que el objeto de todo contrato reside en las utilidades que le puedan generar a las partes, es decir, que tanto consumidor como proveedor que buscan maximizar sus beneficios, y es que cuanto menos se evidencie la presencia del Estado en las negociaciones privadas, más beneficios podrán obtener ambas partes del contrato. No obstante cuándo se manifieste un abuso por la parte que tenga más información así como que el contrato solo favorezca enormemente a una de ellas, el aparato estatal podrá ejecutar los lineamientos establecidos en su normativa.

D. **El derecho a la reparación del daño ocasionado en perjuicio del consumidor financiero:** El consumidor puede solicitar un resarcimiento por los daños generados por el proveedor. El proveedor (bancos, financieras, cajas, etc.) cuentan con un staff de profesionales que suelen amparar los abusos que a veces los bancos ocasionan, sin embargo el consumidor al recurrir a alguna institución estatal ya sea administrativa o judicial, no solo invierte un mayor costo de oportunidad, dado que el tiempo de resolución del conflicto es bastante lato, así que le priva de otras actividades. También es el dinero el que invierte para pagar a sus defensores y esto es bastante ingente, pues como sabemos el consumidor no suele tener las espaldas amplias para poder costear dichos gastos. Es por ello que es necesario la firmeza del régimen sancionador a la parte que abuse para beneficio propio.

Cuando el consumidor financiero evidencia su status de contratante débil y se encuentra lesionado en uno de sus derechos, dicho consumidor obtendrá la protección del Estado a través del INDECOPI, y en el Poder Judicial –puede solicitar ineficacia de las estipulaciones-, siempre y cuando los bienes o servicios que adquiera no se encuadre con lo ofrecido por el proveedor y tampoco con lo solicitado por el consumidor; o cuando se vulneren los Derechos

¹⁶³ Ibidem

y Libertades del consumidor¹⁶⁴, es decir cuando se otorgue un producto con características diferentes a lo solicitado en la negociación contractual o se evidencie un desequilibrio contractual que supone que el adherente sea el perjudicado en la contratación. No obstante, solo será protegido el consumidor financiero cuando ostente su título de consumidor final.

3.1.5 OBLIGACIONES

¿Cuál es la obligación del consumidor financiero? Y ¿Cuál es la obligación del Estado para con éste?

Creemos que el Consumidor financiero debe ser un consumidor racional y la obligación del Estado es proteger al consumidor que actúo con un mínimo deber de diligencia sobre el servicio que solicitó. No obstante, la pregunta que ahora nos hacemos es si ¿actuamos de manera racional siempre que vamos a adquirir un determinado bien o servicio? Existen situaciones en que no nos importa actuar como tal, entonces ¿de qué depende de que actuemos algunas veces de manera racional y otras veces, no? Creemos que depende de los costos en que incurramos para obtener la información previa. Por ejemplo, cuando necesitamos comprar una refrigeradora, un iPod, una laptop, vamos a la tienda, con cierta información previa, dado que hemos abierto los catálogos virtuales que la tienda cuelga, con la finalidad de obtener el producto que busquemos o en todo caso, preguntamos a amigos o familiares si han tenido alguna experiencia con el producto que pensamos adquirir. De esa manera buscamos obtener la mayor cantidad de información con la finalidad de discriminar entre uno y otro producto o servicio. Hacemos ello porque el producto que necesitamos comprar es caro así que vale la pena invertir en los costos de búsqueda que realizamos antes de adquirirlo.

Si el Estado protegiera al consumidor que no ha tenido la mínima diligencia en informarse sobre el servicio que necesita, éste actuará de manera negligente siempre, esperando que un tercero como el Estado, siempre lo defienda. Esto se traducirá en la formación de fallas de mercado como el riesgo moral¹⁶⁵, en el sentido de que entidades como INDECOPI tendrían que contratar más personal, más locales, y la sociedad en

¹⁶⁴ Así también el artículo 1157 del Código Civil argentino dispone que en contratos con cláusulas generales que lesionen los Derechos del consumidor se tendrán por no convenidas.

¹⁶⁵ El riesgo Moral, el clásico ejemplo, se presenta en el tema de seguros, ya que debido a la negligencia por parte del asegurado en su deber de cuidado de su bien, la aseguradora incrementa el precio del deducible con la finalidad de que el asegurado tenga un mínimo de responsabilidad en el cuidado de su propiedad.

general perdería, pues sus impuestos irían a pagar los altos costos de protección para este consumidor negligente¹⁶⁶. Sin embargo, es imperativo que el estado si proteja al consumidor que actúo de manera diligente antes de adquirir el servicio, por ejemplo: leyendo el contrato, manejando las diferentes tasas de interés, sobre las fechas de pago, amortizaciones, etc.

3.1.6 ENFOQUES

a. Constitucional: desde la perspectiva Constitucional, es necesaria la protección al consumidor financiero, solo cuando éste no obtiene la información clara y transparente que hará que tome una decisión más razonada sobre el producto que la entidad bancaria o financiera le está ofreciendo. Es de gran relevancia destacar sobre lo anterior mencionado, que debido a que la Constitución peruana maneja una lógica de mercado –Libertad de empresa, Libertad de contratación, la rol subsidiario¹⁶⁷, etc.-, es posible que pueda existir autorregulación de las entidades bancarias. Reforzando la idea, el Estado es el más interesado que exista plena Libertad de negociación y por ende contratación, que exista revelación de información sobre todo para la parte que menos información posea respecto al negocio jurídico a contratar. Por lo tanto, el consumidor bancario, considerado la parte débil en la negociación, es de interés social para su protección. Es por ello, que el protagonismo del Estado es de supervisar al mercado con la finalidad de corregir ciertas fallas –asimetrías

¹⁶⁶ Se puede ejemplificar a través de los contratos de seguros vehiculares, si los seguros vehiculares tuvieran un precio simbólico, los consumidores serían negligentes respecto al cuidado de sus vehículos. Los seguros vehiculares en promedio cuestan US\$ 3,000 dólares anuales, que es una suma bastante considerable, las aseguradoras cobran así porque saben que el consumidor suele ser negligente. Volviendo a nuestro ejemplo, si los consumidores actúan de manera irracional y esperan la protección del Estado, no lo quedará otra forma de ayudarlos más que subir los impuestos debido a los ingentes costos que acarrearán defenderlos.

¹⁶⁷ El Estado brinda condiciones mínimas para que las actividades económicas privadas se desarrollen de manera libre y competitiva. En el artículo 13° CPP. El Estado evidencia su papel respecto al mercado, y éste es de supervisor, corrector y regulador, queda claro que, el ejercicio de la Libertad de los privados en el mercado, debe ser garantizada plenamente. Es por ello que el Estado tiene una función esencial que es ser subsidiario en la economía peruana. Por lo tanto, corresponde a los particulares como al Estado asumir deberes específicos; para el primero, ejercitar las referidas Libertades económicas con responsabilidad social, mientras que, en el segundo, ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallas en el desenvolvimiento del mercado.

El Tribunal Constitucional reconoce “que la economía social de mercado es de la idea que un mejor sistema para la asignación y distribución de los recursos es aquel que estimula la concertación libre entre la oferta y la demanda, debido a que de esta manera se incentiva la competencia creadora y se impulsan las innovaciones tecnológicas. Es por ello que al Estado le corresponde crear las condiciones mínimas para que las actividades económicas privadas se desarrollen de manera libre y competitiva, procurándoles un marco para su desarrollo eficiente, que redunde en mejores productos y precios competitivos para los consumidores y usuarios”. (Exp. 10063-2006-AA FJ 35,36)

informativas, externalidades, etc. -. En el caso del subsistema bancario o financiero, la regulación es necesaria e imprescindible, pues un mercado financiero que adolezca de dicha regulación generaría un colapso a la economía del país. De modo que existen buenas razones para mantener e incluso profundizar el esquema regulatorio vigente. Asimismo, debemos reconocer que el bienestar económico, no es el único valor querido ni perseguido por la sociedad¹⁶⁸.

- b. **Civil:** el Estado propicia la autonomía privada y por ende, la autorregulación entre las partes, constantemente los bancos y demás entidades del sistema financiero están innovando la forma de acelerar las operaciones contractuales con la finalidad de generar fluidez en el tráfico de servicios bancarios. Los contratos en masa, que actualmente son preponderantes, evidencia que están desfasando a los contratos paritarios¹⁶⁹ del sistema bancario, por contratos que actualmente son ampliamente conocidos como contratos por Adhesión¹⁷⁰ que contienen cláusulas generales de contratación¹⁷¹ y poseen las siguientes características: i) el carácter contractual ii) contrato cuyo contenido está predispuesto y es iii) impuesto.

Sobre la primera característica, está relacionado con la capacidad de negociación de las cláusulas antes de la firma del contrato. La entidad bancaria, no acepta que se negocie las cláusulas ya establecidas; sin embargo, se consigue un gran ahorro de tiempo que es fundamental para la entidad

¹⁶⁸ *Ibidem*, otros valores apreciables por el Estado y que van de la mano con el bienestar económico, es la seguridad jurídica que muchas veces suele presentarse como una falla de mercado, específicamente como una externalidad positiva. Los Notarios, por ejemplo otorgan seguridad Jurídica, cuando brindan su servicio, esto genera que los particulares no acudan al poder judicial, pues lo que otorgan las notarías es certeza jurídica por el contrato realizado entre las partes.

¹⁶⁹ Son contratos creados cuyas cláusulas han sido previamente negociadas por las partes que intervienen en dicho contrato.

¹⁷⁰ Artículo 1390 del Código Civil Peruano: "El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar."

¹⁷¹ Artículo 1392 del Código Civil Peruano: "Las cláusulas generales de contratación son aquéllas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos." Según la doctrina moderna tanto los contratos por adhesión y las condiciones generales de contratación se pueden aplicar de manera indistinta al mismo conjunto de situaciones. Ballesteros Garrido (1999). Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad. Barcelona: José María Bosch Editor. Pág. 61 véase también en Gonzalo Ruíz Díaz, "los contratos por adhesión suelen considerarse como un mecanismo utilizado por las empresas para reducir los costos de negociar, contratar y monitorear el cumplimiento de los contratos, uniformizando cláusulas y términos contractuales; y, a través de ello, desarrollar "economías de escala" en el proceso de contratación. En tal sentido, en principio, los contratos por adhesión, tienen un efecto económico positivo" RUÍZ DÍAZ, Gonzalo (2010). "Los Contratos por Adhesión en las Relaciones de Consumo". Boletín de la Sala de Defensa de la Competencia N° 2

financiera, ya que así podrá seguir generando fluidez respecto al tráfico económico; la segunda, una vez que los contratos han sido previa y unilateralmente redactado por el banco, este contrato no será negociado por el consumidor financiero, sino que le será impuesto y de ello se deriva la tercera característica, que es un “lo tomas o lo dejas”. Al consumidor solo le corresponde decidir si contrata bajo esas condiciones o no.

Podemos concluir, que desde el Enfoque civil la relación contractual actual entre el consumidor financiero y las entidades bancarias ha generado un beneficio no solo mutuo sino para la sociedad en general, ya que se evidencia la reducción de costos de transacción como por ejemplo al tiempo, ello permite de que se continúe otorgando créditos por un lado y se obtenga el crédito en un menos tiempo.

- c. **Administrativo:** Debemos recordar que no existe definición de consumidor financiero en ninguna norma administrativa. Sin embargo, las normas administrativas al igual que la Constitución protegen al consumidor. Así por ejemplo en el Decreto Legislativo N° 1045, que aprobó la Ley Complementaria de protección al Consumidor, y define a los Consumidores o usuarios como:

“las personas naturales que, en la adquisición, uso o disfrute de un bien o contratación de un servicio, actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional y, excepcionalmente, a los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios no relacionados con el giro propio del negocio. La presente Ley protege al consumidor que actúa en el mercado con diligencia ordinaria, de acuerdo a las circunstancias”¹⁷²

Haciendo una extrapolación la relación contractual que existe entre el consumidor financiero y la entidad bancaria o financiera se encuentra amparada por las normas administrativas. En el plano privado o de Autorregulación pueden recurrir al Defensor del Cliente Financiero, institución que busca resolver y prever de manera ágil

¹⁷² Ley complementaria del sistema de protección al consumidor. Decreto Legislativo N° 1045 que aprueba la Ley Complementaria del sistema de protección al consumidor. Véase en: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/36537/201463/Decreto+Legislativo+1045.pdf/d830d8ba-d293-45e9-ad1d-26bbbed1e1e80>

las situaciones conflictivas que puedan originarse entre consumidores bancarios y entidades financieras en las relaciones que éstas desarrollen.

Una instancia estatal de apoyo al consumidor bancario es que a través de la Resolución SBS N° 200-2003, se instaló la Plataforma de Atención al Usuario (PAU) que tiene por finalidad dirimir consultas, además de tomar conocimiento de las denuncias que formulen los consumidores bancarios de las entidades supervisadas que pertenecen al sistema financiero, sistema de seguros y sistema privado de pensiones, de las empresas de servicios complementarios y conexos y, asimismo, recibe los reclamos de los usuarios de las AFP .

Otra instancia estatal administrativa para la protección del consumidor financiero lo constituye INDECOPI, la Ley de Protección al Consumidor comprende en sus artículos la inclusión de los servicios bancarios en el ámbito de su protección. Efectivamente, en el inciso c) del artículo 3 de la norma se regula los servicios bancarios. “El legislador ha considerado de suma importancia la incorporación de los servicios bancarios al ámbito de protección de la Ley y, con ello, los consumidores bancarios sientan que efectivamente se encuentran protegidos”. Sin embargo, lo protege como un consumidor más, y no con la especialidad que se le caracteriza a este consumidor.

Podemos evidenciar que no solo el Estado busca mecanismos de solución a las controversias derivadas de contrataciones que ostentan una naturaleza compleja como son los contratos bancarios, sino también las entidades privadas a través de la autorregulación, buscan dirimir algunos conflictos que puedan nacer en base a dicho contrato.

3.2 LEGISLACION PERUANA

En nuestro país el término Consumidor financiero no se encuentra definido en ninguna de nuestras legislaciones, no obstante está el de consumidor o usuario¹⁷³ que

¹⁷³ Nosotros desarrollamos una conceptualización sobre los consumidores o usuarios de la siguiente manera: son personas que usan bienes o servicios como destinatarios finales, dichos bienes o servicios son realizados por un tercero, que puede ser persona natural o jurídica.

El Tribunal Constitucional peruano define al Consumidor o usuario como “persona natural o jurídica que en virtud de un acto jurídico oneroso adquiere, utiliza o disfruta de determinados productos (como consumidor) o servicios (como usuario) que previamente han sido ofrecidos al mercado”. (Exp. 01865-2010-AA FJ de 9 a 17). También podemos apreciar que en el Artículo 2° inc. t definen al Usuario o consumidor como: “la persona que adquiere, utiliza o disfruta de los productos o servicios ofrecidos por la empresa, o que potencialmente podría utilizarlos, y que sea definido como tal, de conformidad con lo dispuesto por el Código”. Resolución 8181-2012 SBS. Similar definición lo encontramos en el Código de Protección al Consumidor.

se encuentra protegido por diferentes normativas una de ellas, la más importante, es la Constitución Política que lo protege dentro del marco Constitucional económico. El Art 65° de la CP establece que: “el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, por la salud y la seguridad de la población”. La constitución peruana busca de manera objetiva reducir los desequilibrios producto de las desigualdades informativas que existen entre consumidores y proveedores. Podemos esgrimir entonces, que el telos Constitucional es aminorar y si es posible desaparecer las asimetrías informativas generados por las relaciones contractuales entre privados.

Por otro lado la Ley 28587 contiene normas complementarias a la Ley de Protección al Consumidor en materia de servicios financieros, presenta disposiciones adicionales y específicas a las expuestas en la Ley de Protección al Consumidor como son: tasas de interés –compensatorio, moratorio-, Costo Efectivo Anual (TCEA) y la Tasa de Rendimiento Efectivo Anual (TREA) aplicado a un año de 360 días, definiciones respecto a costos asociados a servicios (comisiones y gastos), Cobro de primas de seguros por operaciones activas, así como otras obligaciones que deberá asumir el consumidor financiero. Asimismo, la Resolución SBS 1765-2005 desarrolla las disposiciones vistas en la Ley 28587 el Reglamento de transparencia de información y disposiciones aplicables a la contratación con usuarios del sistema financiero contiene al principio de transparencia que busca mejoras al acceso a la información referidas a tasas de interés, comisiones, gastos y demás obligaciones que el consumidor financiero debe asumir en la contratación de los servicios financieros, dicha información debe estar contenida en los contratos, cronogramas de pagos, hojas resúmenes, entre otros. Por lo tanto, El Reglamento de Transparencia, señala los derechos y obligaciones que debe tener el consumidor en todas las fases de la relación contractual con la entidad bancaria.

la Resolución SBS 816-2005 sostiene que la función reguladora y supervisora de las entidades financieras le atañe a la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP la cual

Según el Artículo 3° de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España define al consumidor como “las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”. Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre.

tiene también facultad sancionadora según lo señalado por la normativa. La regulación que ejerce la SBS tiene como finalidad brindar un adecuado funcionamiento al sistema bancario y financiero y bajo ese postulado es adecuado incidir que es vital que la SBS tome medidas drásticas con las instituciones financieras que se muestren reacias a acatar y velar para que la información que las entidades financieras otorgan a los consumidores financieros sea ser clara y transparente, para que de esa manera el consumidor tome decisiones más racionales y así el consumidor y la sociedad en general mantengan su confianza en el sistema financiero.

3.3 LEGISLACION ESPAÑOLA

Existe una variada normativa en España que regula a las entidades bancarias y financieras y protege al consumidor financiero de los posibles abusos que la primera pueda cometer respecto al segundo.

La Constitución Española en su Artículo 51° señala lo siguiente:

“1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca. 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales”.

Los incisos 1 y 2 se evidencian principios generales de carácter sustantivo – seguridad, salud y legítimos intereses de los consumidores- y otros de carácter accesorio –información y educación de los consumidores-, la Constitución Española no desarrolla mecanismos que evidencien una defensa directa a los intereses del consumidor y mucho menos al consumidor financiero. Educación al cliente bancario. Es importante destacar que si bien ostenta un carácter accesorio la educación financiera, es relevante su aplicación de tal manera que se ve regulada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, referente al consumidor financiero. Se encuentra implementada por

el Banco de España y por la Comisión Nacional del Mercado de Valores quienes han creado un Plan de Educación Financiera para los consumidores.

Así también, es indispensable para que exista un mayor entendimiento sobre la protección al consumidor debe estudiarse también el artículo 53° que expresa lo siguiente:

“el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

Lo anterior refrenda el reconocimiento expreso de protección al consumidor en la Constitución española. Sin embargo, eso confirma que dicho derecho no tiene la calidad de fundamental para el Estado, ya que no se encuentra dentro de los derechos fundamentales que debe proteger, pues estos derechos fundamentales son numerus clausus. Por lo que la vía de resarcimiento ante una restricción, será a través de un proceso lato como el ordinario.

La Ley 13/1994 artículo 1 y la Ley 26/1988, cumplen la Función de control y fiscalización de los bancos en España, además determinan las sanciones y los tipos de regulación a los bancos, así se crea la institución del Defensor del Consumidor Bancario. Y desde el año de 1988 cuenta con la Ley 26/1988, de 29 de julio que trata sobre la disciplina e intervención de las entidades de crédito que le facultan al Banco de España en su artículo 48 en su numeral 2 que señala lo siguiente:

“Conforme a lo previsto en el artículo 130.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el procedimiento sancionador podrá exigirse al infractor la reposición de la situación alterada por la infracción a su estado original y, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios probados causados al consumidor que serán determinados por el órgano competente para imponer la sanción, debiendo notificarse al infractor para que en el plazo de un mes proceda a su satisfacción, quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial”.

Podemos apreciar que el sistema bancario y financiero es un sector ampliamente regulado por el Estado español, ya que dicho mercado brinda un servicio público, pues así lo creen los entes reguladores; el consumidor bancario se encuentra abiertamente

protegido en las relaciones contractuales con las entidades bancarias y financieras. Por ejemplo, se prescribe en la Ley 7 de Condiciones Generales de la Contratación de 1998, la Directiva Europea 93/13 y el Real Decreto Legislativo 1/2007 la Prohibición de cláusulas abusivas en contratos bancarios, así mismo es imperativo que existan en esos contratos información sencilla y clara pues las que “sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles” se entenderán como no incorporados.

Concluimos entonces, que la legislación española respecto al sub sistema bancario y por ende al consumidor financiero es altamente regulada por el Estado. Es evidente además, que presenta una predisposición favorable al consumidor, ya que lo considera como el contratante débil respecto a la adquisición de información que obtendrá de la entidad bancaria.

3.4 LA LIBERTAD DE CONTRATACION DE SERVICIOS NOTARIALES Y EL INTERES DEL CONSUMIDOR FINANCIERO

En esta sección desarrollaremos la libertad de contratación de los servicios financieros en consumidores financieros peruanos y españoles, luego pasaremos a esgrimir las diferencias en ambos países.

3.4.1 La Libertad de Contratación de servicios Notariales y el interés del consumidor financiero en el Perú

Con el objetivo de reforzar nuestra hipótesis nos vemos en la necesidad de responder a las siguientes preguntas en el desarrollo del capítulo en curso

1. ¿Qué resulta más eficiente, que sea el banco quien elija al Notario como resultado de un contrato principal o que el consumidor financiero lo haga?
2. ¿Si el consumidor financiero evidencia un ahorro de dinero por los costos notariales le resulta irrelevante quien elija al Notario?
3. ¿El Estado debe regular el Derecho sobre la Libertad de elección de Notario en los contratos accesorios entre el consumidor bancario y la Notaría?
4. ¿Se debería dejar tal y como hasta ahora este tipo de contratación informal entre bancos y notarías o es necesaria la regulación?

A. El consumidor financiero y el servicio notarial

El colegio de Notarios de Lima ha puesto en la mira a un público cautivo, los consumidores financieros, debido a que dichos consumidores al solicitar un crédito hipotecario a la entidad bancaria –contrato principal– ponen como garantía el mismo bien inmueble que acaban de adquirir. Para que esa garantía se concrete se realiza un contrato accesorio entre consumidor financiero y Notario, el común denominador es que la entidad bancaria derive al consumidor a una Notaría que es de su confianza con la finalidad de que se constituya la hipoteca, el consumidor será quien pague los aranceles correspondientes, gastos notariales y registrales que ameritan.

Si bien es cierto, quien paga los aranceles notariales es el consumidor bancario empero, quien asume mayores riesgos en el otorgamiento del crédito hipotecario es el banco; eso significa que el banco es quien debe buscar obtener una mayor protección respecto al riesgo de impago por parte del consumidor, ya que por lógica, éste es adverso al riesgo. En ese contexto, es preciso tener en cuenta que el contrato accesorio entre el consumidor bancario y el Notario, es un contrato con un monto ínfimo respecto al principal. No obstante, es una cantidad que tampoco debe ser menospreciada, ya que la mayoría de consumidores desea que ese monto siga siendo mínimo.

Añadiendo Coase, señalaba en su segunda formulación, “si los costos de transacción son altos, la intervención del Estado puede ser necesaria (...)”¹⁷⁴. Entonces, al evidenciarse que los costos son bajos ya que el banco asume la responsabilidad de reducir los costos, la intervención estatal sería inócua.

Estamos seguros que al dejar al banco elegir al notario existiría una mayor eficiencia en los recursos, sin embargo, es posible también, que se vea vulnerado el derecho sobre la Libertad de elección del consumidor bancario, pues simplemente el intermediario indirecto asumiría de que todos los consumidores optarían por darle la potestad de disponer de su derecho, cuando sabemos que no todos los consumidores actúan de la misma manera. Si el banco se encuentra en mejores condiciones de resarcir la restricción al derecho así como también el consumidor bancario observa que maximiza sus ganancias, dejemos que el banco siga disponiendo del derecho de elección. Concordamos con Ronald Coase cuando sostiene que:

“el problema que enfrentamos al manejar acciones que tienen efectos dañinos no es sencillamente restringir a los

¹⁷⁴ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (2006). “La fábula de los tres chanchitos. La seguridad en internet y los nuevos paradigmas contractuales, en Derecho y economía. el análisis económico de las instituciones Legales” pág. 674, 2ª ed., Palestra Editores, Lima

responsables de los mismos. Lo que debe decidirse es si la ganancia por evitar el daño es mayor que la pérdida que se sufriría de otro modo, como resultado de detener la acción que produce el daño”¹⁷⁵

La entidad bancaria, debido a la aversión al riesgo que tiene toma las precauciones del riesgo del impago que el consumidor le pueda ocasionar; al buscar que la garantía hipotecaria se encuentre inscrita de manera oportuna es que selecciona a un Notario que le brinde la celeridad necesaria, de otro modo, el banco tendría que esperar la disposición de un notario cualquiera para que le brinde atención, pudiéndose generar: demoras para el desembolso del dinero que ocasionarían que el vendedor del inmueble opte por no vender al consumidor financiado por la entidad bancaria, también se podría presentar un mayor encarecimiento del crédito, es decir, tasas de interés más altas debido a que hay un mayor riesgo de pago, etc. Nos queda claro que los consumidores bancarios representan un grupo bastante atractivo para los Notarios, ya que son los que pagan los mayores aranceles por sus servicios, sin embargo, no todos los Notarios pueden gozar de aquella importante cantidad de público cautivo, sino solo aquellos que la entidad bancaria a dispuesto.

B. El numerus clausus del servicio Notarial y el Consumidor

Las notarías en nuestro país se agrupan en base a distritos notariales, donde existe un numerus clausus de notarías por distrito ya que depende de la cantidad de población dentro de él. Y es que Las Notarías en el Perú, se han organizado teniendo como base una normativa –Decreto Leg. N° 1049- que regula la cantidad de competidores en el mercado de servicios notariales. Dicho mercado de servicios, no ha demostrado ser eficiente, dado que su regulación no está sustentada en algún criterio económico, sino sólo en un criterio de densidad poblacional, eso ha conllevado de que exista una carencia de Notarios en cada distrito notarial, perjudicando así a los consumidores, sobre todo a los consumidores financieros, ya que ellos pagan altos costos arancelarios por los servicios notariales. Los criterios económicos que se debería tener en cuenta para que las notarías puedan competir de manera justa son: el PBI poblacional de cada distrito notarial, las fallas del mercado y el interés público.

¹⁷⁵ COASE, Ronald. (2000). “El problema del costo social”. En Derecho y economía: una revisión de la literatura. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 538

Sin embargo, dicha regulación al tener un solo criterio y que éste no sea económico, estaría beneficiando solo al sistema notarial en detrimento de la sociedad o los consumidores. Por lo tanto, la limitación de oficinas notariales en los distritos, conlleva un gran perjuicio económico en el sentido de que al ser un oligopolio pueden obtener mayores ganancias, ya que sus costos no están regidos por la Ley de la oferta y la demanda. A pesar de ello, las entidades bancarias han seleccionado a un grupo de notarios con el cual trabajar, con la finalidad de acelerar el tráfico comercial, y buscar que los costos arancelarios sean menores.

Para corroborar lo último que afirmamos INDECOPÍ realizó una investigación empírica el mes de marzo de 2014 por la GEE del Indecopi, donde se evidenció que el número de Notarios en ejercicio, a nivel nacional, ascendía a 599, número menor al que sugeriría el criterio demográfico del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1049, bajo el cual, el número de Notarios debería ser de 657. Haciendo una aplicación literal de esa disposición, se ha podido calcular que hay un total de 107 vacantes que faltan cubrir a nivel nacional¹⁷⁶.

Hasta el momento ni el cuerpo de Notarios y tampoco el Estado han tomado medidas más eficientes para contrarrestar dicha brecha que existe entre lo que la normativa ordena y lo que se evidencia en la realidad. De la información mostrada por la GEE del Indecopi (2014), respecto a las plazas vacías en el mercado de servicio notariales, en el 2013 hasta hoy en día no se han podido cubrir dichas plazas por lo que podemos afirmar que existe una falta de interés por parte del gremio notarial para que se cubran al cien por ciento o tal vez es adrede aquel resultado, dado que resulta conveniente que la situación de los notarios siga como hasta ahora, ya que implicaría que tengan mayores ganancias como resultado del oligopolio que ostentan.

Nos reafirmamos en señalar que esa carencia de ingreso de competidores al mercado notarial, está generando perjuicios en la economía del consumidor financiero¹⁷⁷, sobre todo si se quiere obligar al consumidor que elija una notaría en particular con el fin de que pueda realizar un contrato accesorio que es requerido por la entidad bancaria. En efecto, una mayor competencia de notarías reduciría el costo de los servicios notariales, esto se puede corroborar con la investigación empírica realizada por la GEE y plasmada en el Documento de Trabajo N° 01-2014¹⁷⁸, que ha demostrado

¹⁷⁶ Gerencia de Estudios Económicos, Fuente: Consejo del Notariado, INEI

¹⁷⁷ En el Documento de trabajo N° 01-2014 realizada por la GEE de Indecopi, se ha podido comprobar que en un supuesto de que una notaría más entre a competir al mercado de dicho servicio, los costos de los servicios más solicitados por los consumidores se reducirían en porcentajes significativos que favorecerían a los consumidores.

¹⁷⁸ Documento de Trabajo presenta una propuesta de modelización de la interacción estratégica en el mercado de servicios notariales en el Perú y propone un ejercicio empírico, con la finalidad de evaluar

que los precios bajarían si es que se permitiría la entrada de un notario a un determinado distrito notarial.

El estudio se concentró en el análisis de siete servicios notariales más usados por los consumidores:

- i. Legalización Firmas
- ii. Legalización Fotocopias
- iii. Autorización de Viaje con Menor para vuelos nacionales
- iv. Autorización de Viaje con Menor para vuelos extranjeros
- v. Transferencia vehicular con placa de Lima
- vi. Transferencia vehicular con Placa del interior
- vii. Cartas notariales

Cuadro 2

EFFECTO CAUSAL ESPERADO DE INCREMENTAR UN NOTARIO EN EL DISTRITO/PROVINCIA SOBRE EL PRECIO DE SIETE SERVICIOS NOTARIALES^{179/180}

Especificación	Legalización Firmas	Legalización Fotocopias	Autorización de Viaje para Menor de edad		Transferencia vehicular		Carta Notarial
			Nacional	Extranjero	Placa de Lima	Placa del interior	
Regresión Simple	-0,0245 (0,0178)	0,0171 (0,0148)	0,0087 (0,0153)	-0,0105 (0,0153)	-0,0095* (0,00513)	-0,0188** (0,00745)	-0,0122 (0,0093)
Regresión Múltiple 3/	-0,0793*** (0,0272)	-0,0169*** (0,0065)	-0,0285*** (0,0095)	-0,0247*** (0,0095)	-0,0174*** (0,0060)	-0,0400*** (0,0112)	-0,0334** (0,0159)

Notas:

hipótesis alternativas acerca de los efectos de variables estructurales sobre el precio de los servicios notariales. En particular, este ejercicio empírico explota la variabilidad, presumiblemente exógena, del número de Notarios establecidos en diferentes jurisdicciones del país, con la finalidad de identificar el efecto causal esperado del número de competidores sobre los precios al usuario.

¹⁷⁹ * significativo al 10%, ** significativo al 5%, *** significativo al 1%.

¹⁸⁰ Los resultados de las estimaciones se redondearon a cuatro decimales y los errores estándar se presentan entre paréntesis.

Sobre la Investigación presentada por el INDECOPÍ, podemos evidenciar que nuevos competidores al mercado de notarías, generará un resultado beneficioso para el consumidor respecto a los precios de dichos servicios. En consecuencia, se favorecerá a la sociedad en general. Ya que si se espera que el consumidor financiero sea quien elija a un Notario, acaso ¿no sería más conveniente que existan más notarías en cada distrito?, de esta manera, el consumidor podría ejercer su libertad de elegir sin que se vea obligado por un tercero, ya sea por el banco o por el propio Estado. Así mismo, es de gran importancia que los Notarios mejor servicio, mayor celeridad en los trámites, atención personalizada, publicidad en los precios y los servicios que ofrecen, así como mejor infraestructura y tecnología de punta¹⁸¹ con la finalidad de beneficiar al consumidor y que éste pueda hacer un mejor uso de su derecho.

C. Los contratos informales entre el banco y la Notaría

Los servicios bancario y notarial, presentan características similares, ambos son mercados oligopólicos ya que tienen restricciones de entrada y salida del mercado, brindan un servicios de confianza, pero sobre todo son mercado regulados. No obstante, en el sistema bancario, la regulación es necesaria por las siguientes razones:

1. Al realizar intermediaciones indirectas, los bancos reducen los costos de transacción de búsqueda entre el superavitario y el deficitario ya que ambos al contratar se encuentran en una mejor situación.
2. Al poseer dinero de los ahorristas y disponerlo en el otorgamiento de un crédito puede significar dos cosas; que dicho crédito incentive la economía o producto del impago desacelere la economía, es por ello que el estado tiene grandes incentivos para regular a dicho sector.

Respecto al sistema Notarial, resulta la regulación perjudicial por las siguientes razones:

¹⁸¹ Tanto el Estado como el cuerpo de Notarios están generando trabas al acceso de nuevos competidores a la función notarial. El Estado lo hace a través de una norma que parametra la cantidad de Notarios al mercado, dicha norma limita la competencia pues se basa en un solo criterio económico para determinar la cantidad de plazas a dicho mercado.

El cuerpo de Notarios restringe la competencia cuando no llaman a concurso público de méritos para cubrir las plazas vacías, generando perjuicios económicos al consumidor. Esto se ha podido corroborar con las investigaciones presentadas en los Documentos de Trabajo de Indecopi.

1. Limita la entrada y salida de competidores al mercado notarial ocasionando que los precios por sus servicios no se respalden en la oferta y demanda.
2. Restringe la publicidad¹⁸² de los servicios notariales ocasionando mayores costos de búsqueda a los consumidores.

Con el fin de lograr una mayor eficiencia en el otorgamiento de créditos a los consumidores bancarios y por ende, acelerar el tráfico comercial, los bancos y las notarías han creado una fórmula contractual a la que llamaremos “contratación informal”¹⁸³, que sirve para que los contratos accesorios entre notarías y consumidores se realicen con la mayor celeridad a fin de proteger la garantía que servirá para el pago por el crédito brindado. Hasta ahora esa fórmula contractual ha funcionado bien, ya que es una manera de protección de los bancos del riesgo del impago del consumidor, dado que es él quien asume el mayor riesgo; el único riesgo que asume el consumidor es que no se le brinde el crédito.

Creemos que la simbiosis entre el banco y la Notaría maximiza beneficios y regularla traería perjuicios al propio consumidor. De acuerdo con el Teorema de Coase, según la primera formulación, “si los costos de transacción son bajos no importa la regla legal que se establezca para llegar a la solución más adecuada y eficiente. Las partes, mediante arreglos contractuales o de mercado encontrarán soluciones satisfactorias que les brinden seguridad adecuada”¹⁸⁴. Dicho teorema resulta bastante aplicativo para nuestro caso, ya que el banco al contratar con el notario reduce costos que de otro modo debería asumir el consumidor como son: búsqueda, traslado, tiempo, precio y ansiedad por la espera de que el notario lo atienda de manera oportuna, el temor de que el vendedor del inmueble que está comprando desista de venderle debido a la espera muy larga de recibir el desembolso del dinero, etc. A pesar de ello, el banco ha buscado la manera más eficiente de acelerar el tráfico contractual y es gracias a la contratación informal que existe entre él y el notario.

¹⁸² el literal h) artículo 17 del Decreto Legislativo 1049 establece como una prohibición del notario, el uso de publicidad que contravenga lo dispuesto en el Código de Ética del notariado peruano. Sobre el particular, el referido Código establece lo siguiente: Artículo 7.- Afectan la ética del Notariado:

(...) e) Toda clase de publicidad, por cualquier medio de comunicación social, con excepción de avisos escritos que se limiten a anunciar el nombre del Notario, su dirección y horario de trabajo. Decreto Supremo 015-08-JUS, Código de Ética del Notariado Peruano

¹⁸³ Si bien en la Resolución SBS 8181 -2012 en el Artículo 21° “se refiere a la Responsabilidad de las empresas en la contratación de servicios notariales.- dichas empresas financieras o bancarias tienen la obligación de publicar la lista de notarios con los que operan, datos de contacto y costo del servicio, a fin de facilitar la elección que realicen los clientes (...)”. Sin embargo, no existe de manera fehaciente un contrato entre éstas y las notarías lo que lleva a especular que podría existir un beneficio entre ambas entidades a costas del consumidor.

¹⁸⁴ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (2006). Óp. Cit. Pág. 674

Sin embargo, creemos que sería conveniente que estos “contratos informales” dejen de serlo y se tornen contratos formales, pues así se brindaría una mayor transparencia y seguridad en el servicio que se está brindando al consumidor. Si bien es cierto, que el banco no trabaja con una notaría en particular, sino que tiene una batería de notarías que trabajan con él. Aun cuando siga siendo limitada la cantidad de notarías con las que trabaja éstas deben ser reveladas al consumidor así como el precio de los servicios notariales producto de los contratos accesorios con la finalidad de que sea el consumidor quien de una manera más concienzuda pueda disponer de manera más transparente su derecho de elegir.

Entonces, creemos que estos contratos accesorios encauzados para que el consumidor bancario contrate con un notario en particular, no deben perjudicar una contratación principal entre el banco y el consumidor, ya que de ello surgirá una serie de contratos que activan la economía¹⁸⁵ del país además, que el consumidor podrá disponer del beneficio de dicha contratación de manera oportuna. Tenemos claro que el costo del contrato accesorio es menor comparado con el contrato principal, no obstante, si el contrato accesorio es regulado, el contrato principal se tornará costoso que dará como resultado una brecha más grande donde solo algunos consumidores puedan acceder a un crédito con el banco¹⁸⁶.

Por lo tanto, reforzamos la idea de que la regulación de estos contratos informales que existe entre el banco y la Notaría resultaría perjudicial para la sociedad en general, aunque sabemos que existen consumidores bancarios que podrían hacer frente a una mayor tasa de interés en el supuesto de que se regulen los contratos. Además, se debe considerar que la eficiencia se presenta cuando se hace un mejor manejo de recursos escasos como el dinero, y el resultado sería la mejora de la sociedad en general. Es allí que incide nuestra preocupación, pues “los contratos informales” han demostrado ser más eficientes que si no existieran, por ejemplo el costo del servicio notarial ha resultado ser menor¹⁸⁷ comparándolo con el costo por el mismo servicio cuando el consumidor de manera directa busca su notario.

¹⁸⁵ Nos referimos a los contratos posteriores producto de la adquisición del inmueble como contratos de suministros, impuestos al estado, contratos con proveedores en general.

¹⁸⁶ La tasa de interés del crédito otorgado se elevaría, perjudicando así al consumidor bancario.

¹⁸⁷ El precio del servicio notarial es menor respecto al consumidor que es derivado de una entidad bancaria, respecto a un consumidor en particular, la diferencia es bastante considerable. Por ejemplo en la Notaría “Laos de Lama” ubicada en el distrito de Jesús María, el costo del servicio notarial por Constitución de hipoteca a un cliente que es derivado de la Entidad Bancaria INTERBANK es de S/. 450 nuevos soles; por el contrario, a un cliente en particular que quiera realizar la misma Constitución de hipoteca, el costo por el servicio es S/. 1,100 nuevos soles. Podemos evidenciar que la diferencia es bastante significativa, a pesar que se realiza el mismo servicio.

D. La libertad de contratación

Es importante entender que si bien es cierto que la Libertad de contratación es un derecho fundamental, protegido constitucionalmente, también es importante poder disponer de él como consideremos que sería más beneficioso para nosotros, hablando en el sentido utilitarista de maximización de beneficios. A través de un análisis costo – beneficio cada uno de nosotros podrá determinar si es más conveniente mantener un derecho abstracto o un beneficio concreto. La libertad radica en que no debe existir imposición de ningún tipo para decidir los mejores resultados para nosotros.

Para aterrizar nuestra elucubración pasaremos a ejemplificar, el derecho a la vida es un derecho fundamental, protegido constitucionalmente, amparado en tratados internacionales, tiene la máxima protección tanto estatal como internacional. Sin embargo, qué significaría defender la vida cuando se suscite un estado de necesidad, donde los servicios más básicos escaseen, la comida solo sea un albur en la mesa de una familia ¿ellos seguirán pensando de qué la vida es un derecho protegido por el estado? Las personas se vuelven más estoicas en situaciones como estas, olvidándose así que existe un Estado que pueda acordarse de ellos, se proponen buscar situaciones que conlleve a mejorar su situación cada día. Por lo tanto, solo se valdrán de su propia habilidad para poder seguir existiendo.

Pero vayamos a la misma situación, pero esta vez el Estado brindará ayuda a través del asistencialismo, sabemos que dicho asistencialismo no saca de la situación de pobreza a nadie, lo único que genera es un círculo vicioso de conformismo en el individuo, debido a que solo espera la caridad del Estado. El Estado tendrá que crear nuevas instituciones así como contratar a más personal para que se encargue de llevar dádivas a las personas más necesitadas, los procuradores tendrían más trabajo porque se encargarían de vigilar a los funcionarios para que no hagan mal uso del dinero. Por lo tanto, la sociedad en general estaría en peor situación que antes, dado que el estado no saca de la pobreza a nadie, sin embargo aumenta los impuestos para cubrir los gastos generados por este servicio.

De lo anterior mencionado, extrapolamos el ejemplo a nuestro tema, si el Estado decidiese regular la libertad de elección, volvería un servicio hasta ahora eficiente en uno ineficiente, encarecería el costo del crédito, los tomadores de créditos se verían reducidos, los impuestos que pagamos los ciudadanos se encarecerían dado que se destinarían a crear un enorme aparato que se encargue de la regulación de este servicio. En conclusión, la sociedad en general estaría en peor situación.

Pero ¿Quiénes serían los más beneficiados con la Regulación de la libertad de elección notarial? La respuesta es obvia, los que buscan la regulación de la libertad de elección y con ello impedir que estos contratos hasta ahora informales pero eficientes, desaparezcan. En la encuesta sobre el Mercado de Notarios en Lima llevado a cabo por el INDECOPÍ en las preguntas 16 y 17 se les solicita algunas sugerencias para mejorar su servicio, las respuestas más citadas fueron las siguientes:

1. “Mejorar el soporte electrónico de las notarías, de manera que se pueda recibir la documentación electrónica de manera eficiente.
2. Distribuir equitativamente los servicios prestados a bancos y financieras, los cuales se encuentran concentrados en unos pocos Notarios. (el énfasis es nuestro)
3. Mejorar la calidad del servicio al cliente.
4. Establecer un sistema electrónico común a todos los Notarios que permita la coordinación y el trabajo centralizado”¹⁸⁸.

Podemos evidenciar de que el gremio Notarial al igual que los consumidores bancarios, son maximizadores de beneficios, sin embargo, los Notarios buscan obtener dicha maximización perjudicando una contratación eficiente. Nos apoyamos en el criterio de Pareto para demostrar el menoscabo que estaría ocasionando el cuerpo de Notarios al buscar la regulación de la libertad de elección. Pareto señala que “un escenario es eficiente si no existe la posibilidad de mejorar un agente sin empeorar a otro”. Adicionalmente, el criterio de Kaldor- Hicks, según el cual “el escenario será eficiente si el beneficio que obtiene un agente, con disposición de pago, es de tal magnitud que le permite compensar hipotéticamente el perjuicio causado a los demás agentes y aun así obtener un provecho”¹⁸⁹.

El gremio notarial no podría resarcir a la sociedad el agravio que ocasionaría al solicitar que se regule la Libertad de elección, impidiendo así el derecho de disposición del consumidor bancario a decidir que el banco elija por él. Además, el servicio Notarial tal y como hemos visto hasta ahora, presenta brechas de escases de Notarías a nivel nacional, perjudicando de esta manera al consumidor, ya que como resultado de la merma de éste servicio, los precios son elevados. No obstante, para el cuerpo de

¹⁸⁸ Documento de Trabajo N° 01-2010/GEE (2011). “¿Cuál es el nivel y grado de competencia en el mercado de servicios notariales?” Gerencia de Estudios Económicos Agosto pág. 47

¹⁸⁹ RODRIGUEZ ZARATE, Alejandro.(2014) “Análisis Económico de la Responsabilidad Bancaria frente a los fraudes electrónicos: el riesgo provecho, el riesgo creado y el riesgo profesional”. 128, Universitas, pág. 303

notarios esto no es un inconveniente ya que ellos obtienen mayores ganancias en desmedro del consumidor.

A modo de conclusión responderemos las preguntas realizadas al inicio del subtítulo

1. ¿resulta eficiente que el banco sea quien elija al notario?

Creemos que sí resulta más eficiente por las siguientes razones:

i) Somos maximizadores de beneficios

Cuando disponemos de nuestro derecho de elegir con quien contratar, decidimos que un tercero como el banco elija por nosotros, pues tiene un mayor expertise en el reconocimiento de la calidad, seguridad y confianza que brinda el servicio notarial. Asimismo, se obtiene una mayor ventaja económica –ahorro de costo del servicio– debido que la notaría entrega un arancel preferencial al consumidor bancario por la realización de la escritura pública y de esta manera el banco estaría promoviendo un derecho Constitucional que señala: “El Estado fomenta y garantiza el ahorro (...)”¹⁹⁰. Por lo que se estaría beneficiando no solo al consumidor sino también a la sociedad en general. Pues precios bajos ayudan al ahorro o al consumo. Para reforzar nuestra idea, citamos a Posner que señala lo siguiente: “los individuos se comportan como maximizadores racionales de su bienestar (...)”¹⁹¹ lo que buscan tanto consumidores bancarios como proveedores es una eficiente asignación de los recursos a su disposición con el fin de maximizar el bienestar de cada uno de los intervinientes.

ii) El costo del crédito es más barato

Comentamos líneas arriba que somos maximizadores de beneficios, cuando se contrata las partes son reticentes a los riesgos y la entidad bancaria aún más dado que, el único riesgo que asume el consumidor es que no se le otorgue el préstamo no obstante, el riesgo que asume el banco es que no se le pague, es por ello que el banco tiene el deber de tomar las provisiones necesarias para asegurar el pago de dicho crédito. Una de las provisiones es que el banco elija el servicio notarial, pues éste puede

¹⁹⁰ Artículo 87ª Constitución Política del Perú. Así también en el Documento de Trabajo N° 01-2010/GEE (2011). “¿Cuál es el nivel y grado de competencia en el mercado de servicios notariales?” Gerencia de Estudios Económicos Agosto en la parte de los anexos se le preguntó a los notarios bajo qué condiciones harían descuentos, ellos señalaron que cuando hay una mayor cantidad de solitud del servicio, inferimos que hacen descuentos a los consumidores bancarios ya que, el banco suele derivar a un gran público cautivo.

¹⁹¹ POSNER, Richard A. (1977). “Economic Analysis of Law”. “ 2da ed., Boston: Little, Brown

reconocer la calidad del servicio, por lo que se tomará la prerrogativa de direccionar al consumidor la Notaría para realizar el contrato accesorio.

Los beneficios que se obtendrá de esta disposición del derecho que le atañe al consumidor será los siguientes: reducción de sus costos administrativos, ya que el contrato principal realizado con el consumidor no será observado por la notaría, el representante del banco no tendrá que ir de manera reiterada a firmar la constitución de la garantía, suele ser común que el notario no se encuentre en su oficina, por lo que en otra situación otorgar el crédito tomará menos tiempo que si el consumidor eligiera la notaría ya que, el banco deberá evaluar a la notaría elegida por el consumidor, si es que cumple requisitos mínimos para brindar el servicio requerido; por lo que todo ello conlleva a que esos costos sean trasladados al consumidor y los costos del crédito se encarezcan generando una menor eficiencia al mercado que resultaría menores contratos y una evidente reducción al crecimiento económico en general, pues estarían implicados consumidores, bancos, inmobiliarias, notarías, constructoras, mercados financieros y otros.

iii) Menor tiempo

La reducción del tiempo es la base fundamental para aludir a la eficiencia y en este caso se cumple. Cuando el banco elige el servicio notarial, nos reduce los costos de búsqueda, pues vamos a la notaría que el banco eligió; así como el tiempo de espera de la atención del servicio notarial es menor, pues existe una atención preferencial sin dilaciones en comparación con los consumidores que van por cuenta propia.

iv) Promueve la paz mental

Se evidencia una reducción de la ansiedad¹⁹² vivimos en una sociedad bastante compleja y dinámica, por lo que los negocios buscan ser más eficientes buscando reducir el tiempo de atención y últimamente ésta justificación resulta bastante relevante el día de hoy, ya que el solo hecho de que se tenga que realizar la búsqueda de una notaría que cumpla con nuestras expectativas así también, el tiempo de espera para ser atendido, dado que es común la ausencia del notario en el horario fijado por la propia notaría por lo que la misma notaría suele modificar la fecha y hora citada para la firma de la escritura pública pueden ocasionar un elevado nivel de stress en el consumidor.

¹⁹² HOGARTH & KUNREUTHER (1995) "Decision Maker Under Ignorance: Arguing With Yourself. Journal of Risk and Uncertainty". Págs 10, 15-36. Estudiaron en un grupo de consumidores, que éstos tienden a pagar un adicional para ampliar la extensión de la garantía de un determinado producto, con la finalidad de sentirse tranquilos emocionalmente si es que en el futuro podría existir una falla en el producto.

En síntesis, no creemos que resulte conveniente una regulación a la Libertad de Elección notarial, pues el consumidor bancario se beneficia económicamente de la disposición que hace de su derecho, así también la sociedad en general se beneficia. Es importante considerar que el denominador común de los consumidores racionales es maximizar beneficios, minimizar costos y ser adversos al riesgo, por lo que es preferible disponer de un tangible ahorro de dinero a cambio de que un experto decida por él, el cómo, el cuándo y dónde contratar. Sin embargo, creemos que resultaría beneficioso para el consumidor bancario que los contratos “informales” entre el banco y la Notaría, se tornen formales lo que fomentaría una mayor transparencia en los servicios brindados por las entidades bancarias, ello conllevaría que el consumidor pueda disponer mejor su derecho eligiendo el servicio notarial desde la misma entidad bancaria, así como tener un mejor conocimiento de los costos notariales para que de esa manera se pueda ejercer de manera racional el derecho constitucional.

3.4.2 La Libertad de contratación de servicios notariales y el interés del consumidor financiero en España

En primer lugar, analizaremos el concepto de consumidor financiero español con la finalidad de determinar si éste tiene protección en la legislación española.

A. Consumidor Financiero Español

La normativa española no considera una definición de Consumidor financiero, no obstante, la Regulación financiera Española señala lo siguiente: “son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”¹⁹³. En el mercado del crédito se protege la “clientela activa y pasiva de las entidades de crédito”. Por lo que coincidimos con Fernando Zunzunegui (2013) cuando señala que “el concepto de cliente o usuario es distinto y más amplio que el de consumidor, pues las empresas no financieras también son protegidas por el Código de Consumo”¹⁹⁴. Por lo que es necesario poder delimitar el concepto de consumidor financiero, pues si bien es cierto que es un consumidor, sin embargo, posee características más específicas; como: “consumidores financieros son personas físicas

¹⁹³ Según el art. 3 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

¹⁹⁴ ZUNZUNEGUI, Fernando (2013). “Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos”. Madrid http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/12_3104_3.pdf

que en los contratos a distancia o de crédito al consumo, actúan con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional¹⁹⁵.

Los consumidores y usuarios españoles poseen derechos básicos que afianzan la protección de sus legítimos intereses económicos y la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios; además, los protege de la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos. Lo mencionado se deriva del Art. 51 de la Constitución Española, según el cual los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo “los legítimos intereses económicos de los mismos”, promoviendo “la información y la educación de los consumidores y usuarios”, sin atribución de poder concreto alguno a los consumidores¹⁹⁶. Pero los servicios financieros se considera que forman parte de un sector específico alejado del núcleo básico de la protección de los consumidores y usuarios. El Tribunal Supremo Español ha reconocido que la existencia de una normativa bancaria de transparencia y protección de los consumidores no es óbice para que también sea aplicable la legislación general de protección de los consumidores¹⁹⁷. Es decir, para la defensa y protección del consumidor financiero se debe aplicar el código de consumo y la Regulación bancaria.

B. El consumidor financiero y el servicio Notarial

El consumidor Financiero Español, se ha visto obligado a buscar el servicio notarial con el cual va a contratar los servicios accesorios derivados del contrato de mutuo hipotecario. El reglamento Notarial, el código de Consumo y la Regulación financiera señalan que es un derecho que el Consumidor bancario sea el que elija el servicio notarial y no el banco, ya que el primero es el que paga los aranceles por aquel servicio. Sin embargo, muchos consumidores bancarios aún se encuentran renuente acatar la normativa que obliga al consumidor a elegir, pues no existen incentivos suficientes para hacerlo, debido a que los costos de los servicios notariales son homogéneos, eso significa que el consumidor no se beneficia al elegir alguna notaría. No obstante, sería más beneficioso económicamente hablando que sea el banco quien

¹⁹⁵ Término acuñado en el art. 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que sustituye a la de “usuario de servicios financieros” utilizada por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. En este sentido, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, no se aplica a los servicios financieros.

¹⁹⁶ Constitución Española de 1986

¹⁹⁷ Sentencia 241/2013, de 9 de mayo, sobre nulidad de cláusulas suelo, con cita de la STS 75/2011, de 2 de marzo, según la cual: “la finalidad tuitiva que procura al consumidor la Orden de 5 de mayo de 1994 en el ámbito de las funciones específicas del Banco de España, en modo alguno supone la exclusión de la Ley 7/98 a esta suerte de contratos de consumidores, como ley general”.

elija por él pues, de esa manera minimizaría sus costos de transacción¹⁹⁸. Por lo tanto, estamos seguros que la razón para que el consumidor siga dejando que sea la entidad bancaria o financiera quien elija al notario es porque no tiene incentivos suficientes para hacerlo de manera directa y personal.

Cabe precisar que el gremio de Notarios español, forma parte del notariado latino, eso significa que se encuentran regulados. Por ejemplo, presentan limitaciones de entrada y salida al mercado de notarías, numerus clausus, el Notario es abogado, presenta limitaciones a la publicidad del servicio, etc. Al estar regulado el servicio notarial genera que sus servicios se estandaricen, causando que sea difícil poder reconocer la calidad del servicio brindado. Tal como vimos en el capítulo II los notarios españoles están buscando que se respete el derecho a la Libertad de Elección notarial y por consiguiente, sea acatado tanto por los consumidor y por el sistema bancario y financiero; sin embargo, no consiguen que se pueda cumplir a cabalidad dicha libertad, ya que el consumidor bancario no tiene incentivos suficientes para acatar dicha normativa así tampoco lo tiene el banco, debido a que ambos son maximizadores de beneficios y esa norma busca restringir la libertad de beneficiarse.

La restricción de entrada que presentan los notarios españoles al igual que los costos homogenizados de los servicios notariales, generarán en el consumidor bancario altos costos de transacción como: el tiempo de búsqueda, costos de traslado y tiempo, por lo que desalientan a los consumidores a disponer mejor del derecho que le corresponde. Sin embargo, para Benito Arruñada (1986) estas características que poseen los servicios notariales es beneficiosa para la sociedad, ya que la “homogeneización de los servicios de la calidad es por lo demás uno de los objetivos fundamentales en la gestión moderna de todo tipo de servicios, ya sean intermedios o finales”¹⁹⁹. Sin embargo, creemos que esta homogeneización del servicio solo beneficia a un sector, los Notarios que de esa manera tendrán incentivos perversos para no mejorar la competitividad del servicio.

Para concluir, creemos que la Regulación de la Libertad de Elección notarial, no genera beneficios de ningún tipo al consumidor bancario, más aún cuando el servicio notarial presenta restricciones a la libertad de mercado que ocasionan que el consumidor no pueda hacer un buen uso de su derecho a elegir. Esta libertad se presenta como una obligación a elegir un servicio homogéneo con costos homogéneos,

¹⁹⁸ deducimos dicha información de la Encuesta realizada por Demoscopia a pedido del Gremio Notarial, pues existe un porcentaje de consumidores que aún permite que sea la entidad bancaria quien elija al Notario.

¹⁹⁹ ARRUÑADA, B. (1986). “La naturaleza de las actividades de servicios como condicionante de su eficiencia económica”, *Esic-Market*, abril-junio, 1986, pp. 67-84

donde da lo mismo elegir o no elegir y que los únicos beneficiados son las Notarías del país. Por lo tanto, a simple vista podemos esgrimir que resulta más beneficioso para el consumidor dejar que la entidad bancaria elija por él, ya que de esa manera los costos de transacción de hacerlo por el mismo, se reducen.

3.4.3 La libertad de contratación del Servicio Notarial diferencias entre España y Perú

ESPAÑA	PERÚ
<p>El Derecho de Elección en la contratación del servicio notarial se encuentra ampliamente regulada en las siguientes normativas: i) Ley Transparencia y Protección del cliente de Servicios Bancarios, Artículo 30.1 ii) El Reglamento Notarial del segundo párrafo del Artículo 3° iii) Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, podemos apreciar que en el artículo 89.6</p>	<p>El derecho de elección del servicio notarial, no se encuentra regulado, se promueve la Autorregulación. Sin embargo, el artículo 21 de la Resolución SBS 8181-2012, Reglamento de Transparencia de información y Contratación con usuarios del Sistema Financiero, se ha dispuesto que la entidad bancaria publique la relación de Notarías con las cuales trabaja, para que de esa manera el consumidor pueda elegir cuál de ellas le es más conveniente para contratar²⁰⁰.</p>
<p>Dicha regulación expresa en la normativa española –Derecho Administrativo- no es acatado por un porcentaje significativo de consumidores bancarios, es de suponer que dichos consumidores superponen el beneficio económico frente al derecho de elegir. Dado que, les resulta más barato que sea un tercero como el banco, quien elija por ellos.</p> <p>La entidad bancaria si bien está obligada a respetar que el consumidor elija, ello no</p>	<p>La libertad de contratación es un derecho constitucional. Pero es importante considerar que la finalidad de contratar con la otra parte es maximizar nuestros beneficios, es decir, encontrarnos en una mejor situación que antes de contratar. De ello argumentamos que, si bien el consumidor tiene ese derecho de elegir con quien contratar, también creemos que tiene el derecho de disponer su</p>

²⁰⁰ Actualmente los bancos cumplen con el Reglamento de Transparencia de la SBS respecto a la publicación de las listas de los Notarios con los cuales trabajan las diferentes entidades bancarias a nivel local y nacional, se puede acceder a la verificación en el respectivo portal de cada entidad bancaria.

<p>significa que está obligada a asesorar al consumidor del derecho que dispone. Ya que, es obligación del consumidor saber qué es lo que más le conviene.</p>	<p>libertad a un tercero que le ayude a maximizar sus intereses.</p> <p>Al disponer el consumidor esa libertad, no solo se beneficia económicamente él ya que reduce costos de transacción, también se beneficia la sociedad en general pues, reduce el costo del crédito, que de otra forma, dicho costo se trasladaría al consumidor.</p>
<p>La Regulación de los servicios notariales se puede apreciar en sus precios que están homogenizados, así como los servicios que brinda el Notario. Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios. La mayor parte de las veces el consumidor puede distinguir la calidad de un servicio en base al precio. Sin embargo, no es posible discriminar la calidad por la homogenización²⁰¹ del precio, por lo que nos lleva a concluir el perjuicio al consumidor. Además de que los Notarios pueden tener incentivos perversos para no mejorar su servicio.</p>	<p>Si bien se presentan problemas de entrada y salida de los servicios notariales al igual que en España, y ello significa que existe un menor número de competidores al esperado; no obstante, los precios del servicio notarial se rigen en base a la oferta y demanda del mercado. Aunque, si se permitiera una mayor cantidad de competidores, se podría apreciar un descenso en el precio que generaría más beneficio al consumidor. Sin embargo, los bancos han optado por contratar de manera informal con los notarios y ello ha generado repercusiones positivas en el costo de los servicios, beneficiando así al consumidor.</p>
<p>Los notarios españoles con la finalidad de hacer más atractiva dicha elección están mejorando su infraestructura, así como su tecnología de punta²⁰² con la finalidad de que elegir el servicio notarial resulte menos burocrático donde el consumidor</p>	<p>Una gran cantidad de notarios peruanos, no tiene una infraestructura adecuada, además, muchos no poseen tecnología de punta o son reacios a actualizarse con las nuevas tecnologías, por lo que no brindan un servicio eficiente. Es por ello</p>

²⁰¹ ARRUÑADA, Benito (1995) "Análisis económico del Notariado". CGN Madrid. Pág. 25 véase también en Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios. Publicado en: «BOE» núm. 285, de 28/11/1989. Entrada en vigor: 29/11/1989 Departamento: Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno Referencia: BOE-A-1989-28111

²⁰² El consumidor bastará que vaya a la entidad bancaria y señale con que notaría quiere contratar y ésta derivará los documentos vía online, además, si el Notario elegido no satisface las expectativas del consumidor, éste podrá elegir otro Notario sin problemas, pues la documentación podrá ser enviada al nuevo Notario vía online.

<p>que quiera escoger y cambiar de notario lo haga solo con un clic. Ya que, todas las notarías se encuentran interconectadas.</p>	<p>que tampoco se podría cumplir a cabalidad elegir adecuadamente un servicio notarial y menos aún si no existe la posibilidad de poder permutar de un Notario a otro.</p>
<p>No existe un concepto de consumidor financiero en la legislación española, solo el concepto de consumidor, usuario o cliente, que no es sinónimo de consumidor financiero. La falta de conceptualización genera un perjuicio en la protección de éste consumidor, sin embargo, la Corte Suprema Española ha dispuesto que éste tipo de consumidor pueda reclamar su derecho vulnerado haciendo uso del código de consumo y la Regulación bancaria.</p> <p>Es importante destacar, que la Libertad de contratación se deduce del derecho a la Libertad empresarial que lamentablemente no es considerado un derecho fundamental y que por lo tanto, un consumidor que se vea afectado en su derecho de contratación, podrá reclamar el resarcimiento en una vía lata como la ordinaria.</p> <p>La Unión Europea considera que los servicios financieros forman parte de un sector específico alejado del núcleo básico de la protección de los consumidores y usuarios. En este sentido, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, no se aplica a los servicios financieros.</p>	<p>Al igual que en la legislación española, en el ninguna normativa peruana se encuentra protegido el concepto de “consumidor financiero”. En la constitución se presenta el concepto de consumidor; en la Regulación bancaria y en el Código de consumo, el concepto de usuario o cliente es que se encuentra estipulado, que no delinea la figura del consumidor financiero. No obstante al ser un consumidor, tiene protección constitucional. Así también, si dicho consumidor se percata que su libertad de contratación se encuentra vulnerada puede pedir resarcimiento en base a una Acción de Amparo, ya que es un derecho fundamental.</p>

--	--

Para finiquitar, la libertad de elección es una libertad de disposición, eso significa que el consumidor financiero puede disponer a un tercero de su derecho de elegir con quien contratar si eso significa que maximizará sus beneficios, es decir, el consumidor financiero tendrá mejores incentivos si es que un tercero como el banco elije por él, como los menores costos de transacción anteriormente mencionados. El banco también verá una maximización en sus utilidades, que conllevará a que los costos del crédito sean menores.

Es por ello que promovemos que se siga respetando la Autorregulación, pues de esa manera es el consumidor quien se beneficia; no obstante, si lo que se busca es regular dicha Libertad, los únicos que saldrán beneficiados serán las Notarías en desmedro del consumidor bancario y de la sociedad en general. Por todo lo esgrimido, bajo las actuales condiciones que el mercado notarial presenta, resulta más beneficioso dejar que la autorregulación sea la que prevalezca.



Conclusiones

La presente investigación tuvo como fin demostrar que la Autorregulación que promueve el Estado peruano sobre la Libertad de elección de los servicios notariales es más eficiente que la Regulación ejercida por el Estado español. Dado que la economía que ostenta el primero, es una economía de mercado lo que se traduce en el respeto a la autonomía privada además, a diferencia de la Española, la es iniciativa privada lo que significa que las contrataciones entre privados son ley entre las partes.

1. La libertad de contratación es un derecho que la Constitución Política del Perú protege, para que un contrato logre sus fines es imperativo que se cumpla con las siguientes características: Autonomía privada, libertad contractual, respeto al ordenamiento jurídico; el Estado busca la autorregulación entre los privados con la finalidad de que puedan disponer mejor de su derecho.
2. El Estado peruano tiene una función en la economía que es cumplir un rol subsidiario es decir, no es posible su intervención a menos que los acuerdos privados sean contrarios al orden establecido o a las buenas costumbres. Sin embargo, el consumidor que hace uso de los contratos financieros es protegido en la legislación peruana, dado que es considerado un contratante débil debido a la asimetría informativa que existe en la relación contractual con el banco, por lo que se asume que siempre estará en desventaja.
3. La libertad de elección del servicio notarial no se encuentra protegida constitucionalmente, sin embargo el Colegio de Notarios de Lima y la Ex parlamentaria Elsa Capuñay buscan que esto se regule, ocasionando que se reste eficiencia al mercado bancario y por ende a la sociedad en general; los proyectos presentados por los pro reguladores a la comisión de Derechos del consumidor del Congreso no contienen un mayor análisis de los costos y beneficios que le irrogaría a la sociedad; no obstante, creemos que los únicos beneficiados de esta regulación, serán los servicios Notariales.
4. El modelo económico que ostenta España, aparentemente posee una economía de mercado, sin embargo amparado en la constitución y otras legislaciones puede ejercer intervención a las empresas privadas y financieras, posee iniciativa pública en la economía, el estado puede intervenir en la economía mediante ley por lo que se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general. Respecto al consumidor financiero tal cual, es protegido ya que el estado es promotor de la

educación financiera a los consumidores. Podemos evidenciar que ambos países presentan mercados que aparentemente coinciden, sin embargo se encuentran en las antípodas.

5. La libertad de Contratación no se encuentra protegida por la Constitución Española, sin embargo, se infiere de la libertad empresarial que si se encuentra protegida por dicha Constitución. Debido al modelo económico que ostenta dicha constitución, no se encuentra garantizado la protección a dichas libertades, pues no están considerados dichos derechos, como fundamentales. Ello quiere decir, que para solicitar la protección del estado frente a un abuso por parte de terceros o del propio estado, se tendrá que recurrir a un proceso dilatorio, por lo que dicha protección puede tomar mucho tiempo en ejercerse.
 6. La Libertad de elección notarial, se encuentra protegido por Normas administrativas y el Reglamento de Notarios Español. Así también se encuentran regulados los costos arancelarios de los Notarios, por lo que es indistinto usar cualquier servicio notarial, pues resulta irrelevante buscar calidad del servicio. Dichas normas promueven y fomentan que las entidades bancarias no elijan al notario que al consumidor le debe corresponder, no obstante, de la encuesta realizada por el Colegio de Notarios español, se ha evidenciado un porcentaje relevante de consumidores que disponen de su derecho para que un tercero como el banco, elija por ellos. Creemos que al dejar al banco elegir el beneficio es mayor para los consumidores, pues debido a que está homogeneizado los aranceles notariales, los costos de traslado, búsqueda y Stress se reducen.
- Podemos dejar en claro que si bien ambos países –Perú y España - protegen los derechos del Consumidor, sin embargo, existe una gran diferencia en ambos respecto a las vías de acción ante una restricción a dicho derecho. En el primero, podemos evidenciar diversas vías de acción para poder acceder a la reparación de aquel derecho, la vía más célere, es la Administrativa a través del Indecopi. Otra vía procedimental de acción es la ordinaria, que es un proceso más lato y por último a través de la vía Constitucional en virtud de la Garantía Constitucional como la Acción de Amparo. Respecto al segundo, la protección es a través de una vía lata como la ordinaria, ya que el derecho del consumidor no es considerado un derecho fundamental. Por lo tanto, tenemos en claro, que a diferencia de España, nuestro país es un claro defensor de los derechos que

conciernen al Consumidor, ya que Garantiza su protección y creemos que es debido al modelo económico, que es el de Libertad de mercado, ello conlleva a la búsqueda de la Autorregulación entre las partes, sin embargo frente al abuso el estado Actuará protegiendo a la parte vulnerada y dará inicio a las sanciones correspondientes

7. En nuestra investigación se ha buscado demarcar el concepto de consumidor bancario o financiero, dado que el concepto de usuario o cliente que se encuentran protegidos dentro del Código de Protección al consumidor y en el Reglamento de Transparencia de la SBS resulta ser un escollo para el desarrollo y protección del consumidor financiero, dado que se hace uso de los servicios que brindan las entidades que realizan intermediación financiera indirecta. Por lo tanto, definirlo e incorporarlo a las normativas pertinentes es necesario para su adecuada protección.
8. resulta pertinente entonces, Incorporar el concepto de consumidor bancario y/o financiero con el fin de distinguirlo del concepto de consumidor, cliente o usuario, ya que de esa manera se podría proteger mejor a estos consumidores que pueden ser personas naturales o jurídicas que hacen uso de los servicios que proporcionan las entidades que realizan intermediaciones indirectas y que además, dichos consumidores bancarios se encuentran en la posición de contratante débil debido a las asimetrías informativas producto de las contrataciones con los bancos.
9. Proponemos que se modifique el artículo 2 Inciso a de la Resolución SBS 8181 – 2012 por cuanto conceptualiza al cliente. Y que se modifique en la Ley N° 28587 - Ley Complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en Materia de Servicios Financieros el concepto de cliente o usuario y se reemplace por el de consumidor financiero.
10. A través del Análisis económico del Derecho se consiguió demostrar que los acuerdos “informales” entre entidades bancarias y Notarías con el objetivo que se concrete la celebración de contratos accesorios entre consumidores y notarios resulta ser eficiente. Por lo que es mejor que se direcciona al consumidor a elegir a un notario en particular y de esa manera no solo se beneficia el consumidor sino también, la sociedad en general. El análisis económico evidenció que la disposición que hace el consumidor de su derecho de elegir para que un tercero con mayor expertise elija por él, resulta más

beneficioso, dado que costos de transacción como: tiempo, dinero, búsqueda, costos del crédito, ansiedad y Stress que podría incurrir el consumidor bancario se reducen.

11. Se demostró en base al análisis previamente mencionado, que también existiría maximización de los beneficios para el consumidor, cuando es el banco o la entidad financiera quien elige al Notario, debido que genera los siguientes beneficios: los costos de los gastos notariales resultan ser más baratos, el crédito solicitado por el consumidor financiero para el pago del inmueble adquirido resulta ser más célere, el trámite notarial, la tasa de interés del contrato principal sería más baja; respecto al banco, éste colocaría más créditos en menor tiempo, sus contratos por adhesión resultan ser menos observados por el notario; y respecto al Notario, éste tiene un mayor beneficio económico por la existencia de un público cautivo derivado de las entidades bancarias, la calidad del servicio es mejor, hay celeridad en la atención al consumidor financiero, existe una mejora tecnológica, se evidencia una comunicación más fluida con el consumidor que no necesariamente tiene que ser presencial, entre otros.
12. Si bien se demostró en nuestra tesis que los contratos “informales” que realizan los bancos con las Notarías son beneficiosos, es necesario que dichos acuerdos se tornen formales con la finalidad de incentivar la transparencia informativa a los consumidores financieros. De esa manera el banco al otorgar un crédito hipotecario al consumidor bancario, también podría informar al consumidor financiero la tarifa y lugares del servicio notarial para que pueda firmar la escritura pública.
13. Para finiquitar nuestra investigación esgrimimos que tal y como hasta hoy se encuentra el mercado notarial, no es conveniente que se regule el derecho de libertad de elección del Notario que algunos buscan imitar a España, pues como hemos visto poseemos modelos económicos diferentes y buscar insertar una realidad diferente a una normativa, solo generará confusión y malestar en la población. Creemos que es necesario mejorar el mercado de servicios notariales y para ellos buscamos que se modifiquen algunas situaciones que generan ineficiencia al mercado como:
 - se debe eliminar la existencia de número mínimos de plazas notariales por distrito y, en su lugar, se debe permitir el libre acceso al mercado de estos servicios.

- Los Notarios tienen incentivos perversos para no llamar a concurso público es por ello la escases de notarios en cada distrito del país, es por ello que se recomienda que sea el Ministerio de Justicia el encargado de la evaluación de los futuros notarios para que puedan cubrir las plazas que se requieren en el mercado.
- Que el criterio para la entrada de nuevos notarios al mercado no sea solo el de densidad poblacional, es decir se debe incorporar nuevos criterios como el de tráfico económico.
- Se debe modificar la norma que restringen la publicidad de los servicios notariales a fin de que el consumidor pueda obtener información de los servicios y precios de esta manera pueden tener una idea de la calidad del servicio; así mismo la publicidad, genera más transparencia al mercado que conlleva a decisiones de consumo más razonadas.
- Qué el notario se encuentre en su oficina las horas de atención al público con el fin de que éste pueda asesorar al consumidor sobre los servicios que posee o las despejar algunas dudas producto de las contrataciones con terceros.

Consideramos, que no se debe tratar de imponer a través de la regulación un derecho que desde ya se está ejerciendo libremente y con eficiencia, más aún si dicha regulación va en contra de un postulado constitucional como es “el estado promueve y fomenta el ahorro”. Adicionalmente, la regulación reduce libertad y eficiencia al mercado. Es importante tener en claro que no es lógico regular un contrato accesorio que ocasionará un perjuicio al contrato principal, más aún cuando éste es de mayor cuantía que el otro. Es por ello que se debe priorizar la Autorregulación y la regulación debe ser lo último que se piense, solo si es que no existe una mejor alternativa.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ANTUÑANO, Aitor & ESPINOSA ALEJOS, María & OSANTE, José & ZURIMENDI, Aitor. (2010) “El Estado de la Competencia en la Profesión de Notario”. Marcial Pons. Madrid, Barcelona, Buenos Aires

ARIAS-SCHEREIBER PEZET, Max. (1998). “Exégesis del Código Civil Peruano de 1984”, T.I Edit. Gaceta Jurídica Editores, Lima – Perú

ARRUÑADA, Benito. (1986) “La naturaleza de las actividades de servicios como condicionante de su eficiencia económica”, Esic-Market, abril-junio

ARRUÑADA, Benito (1995) “Análisis económico del Notariado”. CGN Madrid

BALLESTEROS GARRIDO (1999). Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad. Barcelona: José María Bosch Editor.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo (1941). “El Derecho público, la Constitución y el Derecho Constitucional”. Revista de Derecho Público, Roma.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (2006). “La fábula de los tres chanchitos. La seguridad en internet y los nuevos paradigmas contractuales, en Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones Legales” 2ª ed., Palestra Editores, Lima

COASE, Ronald. (2000). “El problema del costo social”. En Derecho y economía: una revisión de la literatura. Fondo de Cultura Económica, México D.F.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. (1983). “Estudios sobre el contrato privado”, T. 1, Cultural Cuzco, Lima

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN. (2007) “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, 6ª ed., vol. I

DOCUMENTO DE TRABAJO N° 01-2014 (2014). “Relación entre el número de rivales y el precio: El Caso de los Servicios Notariales. Gerencia de Estudios Económicos. Junio - INDECOPI

DOCUMENTO DE TRABAJO N° 01-2010/GEE (2011). “¿Cuál es el nivel y grado de competencia en el mercado de servicios notariales?” Gerencia de Estudios Económicos Agosto. INDECOPI

ARIÑO, Gaspar (2004): “La regulación, en general, hace siempre su aparición ante la inexistencia, los fracasos o fallos del mercado”. Universidad Externado de Colombia, Bogotá

GHERSI, Alberto & WEINGARTEN, CELIA (2005). “Defensa del Consumidor”, editorial Nova Tesis

MARCIAL RUBIO CORREA (2007) “Aplicación de la Norma Jurídica en el tiempo”. Edit. Pucp

PÉREZ, Alejandro (2000). “Constitución y Economía”. Buenos Aires: De Palma

PEREZ GARCIA, Pedro. (1990). “La información en la Contratación privada”. Ministerio de Sanidad y Consumo.

MESSINEO, Francesco (1986). “Doctrina General del Contrato”, T. 1, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires

PAZ-ARES- Alfaro (2003). “Ensayos sobre Libertad de empresa”. En: AA.VV. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luís Diez picazo. Madrid, Tomo IV

PÉREZ, Alejandro (2000). “Constitución y Economía. Buenos Aires: De Palma

PÉREZ ROYO, Javier. “El Derecho Constitucional”. Lectura N° 4 compilación de lecturas para el curso de Derecho Constitucional por Raúl Ferrero Costa.

POSNER, Richard A. (1977). “Economic Analysis of Law”. 2da ed., Boston: Little, Brown

RODRIGUEZ ZARATE, Alejandro (2014) “Análisis Económico de la Responsabilidad Bancaria frente a los fraudes electrónicos: el riesgo provecho, el riesgo creado y el riesgo profesional”. 128, Universitas

ROSS. Alexander. (2013) “La función del Notario en los sistemas Civil Law y Common Law en la era de la Globalización”. S.A. Bosh

SUMAR ALBUJAR, Oscar & AVELLANEDA ROJAS, Julio. (2010) “Paradojas en la Regulación en el Perú”. Universidad del pacífico. Lima.

TORRES Y TORRES LARA, Carlos (1994). "La Constitución Económica en el Perú".
Desarrollo y Paz Editores; Lima

TORRES VASQUEZ, Anibal. (2001) "Acto Jurídico". Editorial Moreno S.A, Lima

ZUNZUNEGUI, Fernando (2013). "Derechos del consumidor de servicios y productos
financieros como derechos básicos". Madrid - España

REVISTAS

AGUIRRE BOTERO, Yenny Catalina & HERNÁNDEZ FRAGA, Katuska & GUERRA
COSME, Danay. (2012) "El principio de Autonomía de la Voluntad contractual civil. Sus
límites y limitaciones". Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa Núm.6
- junio, [En línea] <http://www.eumed.net/rev/rejie>

ALVAREZ MIRANDA, Ernesto. (2014). "El modelo Económico de la Constitución
Peruana". Revista PUCP Ius Et Veritas, N°. 48

ARRUÑADA, B. (2006). "Managing Competition in Professional Services and the Burden
of Inertia". En: EHLERMANN, C. I. Euthanasia, eds.

ARRUÑADA, B., "The Economics of Notaries", proximate publication in European
Journal of Law and Economics, Vol 3, nº 1

BENAVIDES TORRES, Eduardo. (1996). "Contratación Moderna y el Código Civil"
Publicado en Revista IUS ET VERITAS N° 12

BENAVIDES TORRES, Eduardo. (1996) "La oferta y la defensa del Consumidor". IUS
ET VERITAS, Año IV N°13,

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. "El Derecho público, la Constitución y el Derecho
Constitucional". Revista de Derecho Público, Roma.

BULLARD GONZALES, Alfredo (1989). "Contratación en masa ¿Contratación?".
Revista de Derecho PUCP THEMIS N° 15

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (2006). "La fábula de los tres chanchitos. La seguridad
en internet y los nuevos paradigmas contractuales, en Derecho y economía. El análisis
económico de las instituciones
Legales" 2ª ed., Palestra Editores, Lima

CASTELLARES AGUILAR, Rolando. (2005) "Comentarios a la Ley N° 28587 ¿Se protege al consumidor de servicios financieros?", en revista Actualidad Jurídica, n° 141, agosto. Gaceta Jurídica

CAVALLÉ, Alfonso (2014) "Escritura Pública Sumario N° 89". En Revista virtual. Setiembre- octubre

CASTILLO FREYRE, Mario & CORTEZ PÉREZ, César. (2009) "La forma del Contrato". Revista virtual PUCP. Lima

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. (1984) "Las cláusulas Generales de Contratación y la protección al consumidor". Revista Pucp THEMIS

DÍEZ-PICAZO, Luis & PONCE DE LEÓN (1998). "Contrato y Libertad Contractual". Revista PUCP- Themis

ESCOBAR ROZAS, Freddy & CABIESES CROVETTO, Guillermo. (2013). "La Libertad bajo ataque: Contratos, regulación y retroactividad" Revista ius et veritas, N° 46, Julio

EUROPEAN COMPETITION LAW ANNUAL (2004): the Relationship between competition Law and the Liberal professions, Hart Publishing, Oxford and Portland oregon

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. (2015) "¿Cómo proteger jurídicamente al ser humano si se ignora su estructura existencial?". Revista PUCP. Ius et Veritas N° 50, Julio 2015

GUERRERO ARIAS, Fernando (2012). "Breve recordatorio sobre el principio de libre Elección de Notario". Revista Escritura Pública. versión digital

HOGARTH & KUNREUTHER (1995) "Decision Maker Under Ignorance: Arguing With Yourself. Journal of Risk and Uncertainty".

LANDA ARROYO, César. (2014) "La Constitucionalización del Derecho Civil: El Derecho Fundamental a la Libertad Contractual, sus alcances y sus límites". En: Revista Derecho THEMIS N° 66, p. 310

LANDA ARROYO, César (1991) "Las sentencias del Tribunal de Garantías Constitucionales sobre la Constitucionalidad de la Ley de la Bolsa de Trabajo y los principios de igualdad y Libertad". En: Revista Derecho THEMIS 45.

LEYVA SAAVEDRA, José. (2011) "Autonomía Privada y Contrato". Revista Oficial del poder Judicial: Año 4-5, N° 6-

MARÍN GALEANO, Mayda Soraya (2013). “La protección de los consumidores financieros”. Revista electrónica N° 2 13 Julio – Diciembre, Medellín-Colombia

MESA CALLEJAS, Ramón Javier (2009) “Lecciones de la crisis Financiera Internacional: el debate sobre la Regulación Financiera”. Semestre Económico, volumen 12, No. 25, julio-diciembre. Medellín, Colombia

MARTÍN MORA, Pepa “La Elección del Notario”. Revista de debate “Escritura Pública” Versión Digital 2005 N° 32

RUÍZ DÍAZ, Gonzalo (2010). “Los Contratos por Adhesión en las Relaciones de Consumo”. Boletín de la Sala de Defensa de la Competencia N° 2

SOLÍS VISSCHER, Gerardo. (2015) “Tu Derecho termina donde su nariz comienza. Los límites de la Libertad contractual a partir de sus consecuencias”. Revista Ius et Veritas N° 32

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA DIRECCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO. (2012) “Programa de Educación e Información al Consumidor Financiero canales de difusión: Sembrando Cultura para la Prevención”. Medellín-Colombia

JOYA, Antonino. (2003) “El Derecho a Elegir”. Escritura Pública Versión Digital

TOHARIA, José Juan (2003). “El Notario en su Notaría” Revista de debate “Escritura Pública” Versión Digital

GARCÍA COLLANTES, José Manuel (2014) “El derecho de Elección” Escritura Pública Revista virtual. Sumario N° 89”. Setiembre- octubre

VILELA CARBAJA, Jorge Eduardo. (2012) “Protección al Consumidor Financiero”. Revista de Derecho Ita Ius

TESIS

MORALES QUINTANILLA, CARLOS RENÉ (2014). “Las Condiciones Generales de los Contratos y el control del contenido frente a las Cláusulas abusivas”. Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca- España

RODRÍGUEZ PÉREZ, Jorge A. (2011). “El Derecho a la Libertad de Empresa del Artículo 38° de la Constitución Española: Estudio sobre su Interpretación y las

Dificultades para su desarrollo y aplicación”. Tesis Doctoral, por la Universidad las Palmas de Gran Canaria. Facultad de Ciencias Jurídicas.

VIGURIA CHÁVEZ, Carlos Alfredo (2012). “El consumidor financiero: necesidades de su implementación en el sistema nacional de protección al consumidor”. Tesis para optar el Título de ABOGADO en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima

PÁGINAS WEB

Gobierno de España (2011). Agencia Estatal Boletín del Estado Español. Legislación consolidada: Real Decreto 1426/1989 por el que se aprueba el Arancel de los Notarios. España: Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1989-28111>

ILP Abogados (2015). Sumisión de la eficacia del contrato a unas de las partes. España: Recuperado de <http://www.ilpabogados.com/sumision-de-la-eficacia-del-contrato-unas-de-las-partes/>

Expansión.com (2016). Diccionario Económico. Recuperado de <http://www.expansion.com/diccionario-economico/contrato.html>

Notario Francisco Manuel Marino Pardo (2014). La codificación Civil en España. España: Recuperado de <http://www.franciscomarinpardo.es/mis-temas/32-civil-parte-general-temas-1-a-10/36-tema-2-la-codificacion-civil-en-espana>

Real Academia Española (2016). Libertad de Contratación Recuperado de <http://www.dle.rae.es>

Tribunal Constitucional del Perú (2003-2010). Resoluciones publicadas en la página web institucional. Perú: Recuperado de www.tc.gob.pe/

Superintendencia de Banca, Seguros y AFPS (2016-2017). Portal de transparencia. Perú. Reglamento de transparencia. Recuperado de www.sbs.gob.pe

INDECOP. (2010-2014). Documentos de trabajo. Perú. Repositorio. Recuperado de www.indecopi.gob.pe

Gobierno de España (1978). Agencia Estatal Boletín del Estado Español. Constitución española: Documento BOE-A-1978-31229. Recuperado de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229

SAENZ, Luis. (2012). Blog “La Defensa del Consumidor en el Derecho Constitucional”. Perú: Recuperado en <http://derechogeneral.blogspot.pe/2012/02/la-defensa-del-consumidor-en-el-derecho.html>

Google Scholar: HOGARTH & KUNREUTHER (1995) “Decision Maker Under Ignorance: USA: Arguing With Yourself. Journal of Risk and Uncertainty. Recuperado en <https://link.springer.com/article/10.1007/BF01211526>

Martinez Almeida. (2016). Idealista News ¿Qué es la Cláusula suelo?: te lo explicamos en un minuto. España: Recuperado en <https://www.idealista.com/news/finanzas/hipotecas/2015/09/10/739097-que-es-la-clausula-suelo-te-lo-explicamos-en-un-minuto-video-diccionario>



